Der Verwendungsanspruch

nach römischem und bürgerlichem Recht
unter besonderer Berücksichtigung des ius tollendi.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Hans Kleine
Referendar
aus Dortmund

Approbiert 14. Dezember 1931

Gedruckt
im Tageblatt-Haus Coburg
1932

1000-958

Referent: Geh. Just.-Rat Univ.-Professor Dr. Kübler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Uebersicht.

Seite

Einleitung 1

I. Römisches Recht 2

A. Bezeichnung und Begriff der impensae (Verwendungen) . . 2

1. Bezeichnung 2

2. Begriff der Verwendungen 2

B. Dreiteilung der impensae und deren verschiedene rechtliche Behandlung 3

1. Dreiteilung 3

a) impensae necessariae 3

b) impensae utiles 3

c) impensae voluptuariae 3

2. Die verschiedene rechtliche Behandlung der Impensen . . 6

a) Ansprüche wegen impensae necessariae 6

b) Ansprüche wegen impensae utiles 6

c) Ansprüche wegen impensae voluptuariae 7

C. Das ius tollendi insbesondere 14

a) Dig. VI 1, 38 14

b) Die Persönlichkeit des Celsus 15

c) Interpolationsfragen 15

d) Ist Ermans Ansicht nicht zu eng? 22

e) Voraussetzungen des ius tollendi z. Zt. Iustinians . . . 26

II. Bürgerliches Recht 28

A. Entwicklungsgeschichte 28

1. Entwurf I 28

2. Entwurf II 30

B. Bürgerliches Gesetzbuch 31

1. Begriff der Verwendungen 32

2. Abzug der gezogenen Früchte von der Erstattungssumme . 33

3. Verwendungen des Vorbesitzers und Wechsel in der Person des Eigentümers 35

C. Das Wegnahmerecht nach BGB. insbesondere 35

1. Allgemeines 35

2. Entwurf I 36

3. Entwurf II 36

4. Das Wegnahmerecht nach BGB. 37

D. Kritische Betrachtung der im BGB. enthaltenen Regelung des ius tollendi nebst Aenderungsvorschlägen 38

Literatur-Verzeichnis.

Appleton: Histoire de la compensation, Paris 1895.

Bähr: Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich. Erste Lesung. In der kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, S. 481, Bd. 30, München-Leipzig 1888.

Beseler: Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen, Bd. II Tübingen 1911; Bd. IV Tübingen 1920.

Biermann: Kommentar zum BGB. Das Sachenrecht, Berlin 1898.

Boecking: Institutionen, Erster Band, Bonn 1843.

Bolze: Die Bestimmungen des Entw. eines BGB. für das Deutsche Reich über die Steigerung des vindicatorischen Eigentumsanspruches.. Im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 74 III, S. 97 ff., Freiburg i. B., 1889.

Corpus iuris civilis: Editio Stereotypo Quarta Decima; Volumen Primum et Secundum, Berolini MCMXXII.

Cosack: Das Sachenrecht im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. In „Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich", Heft 13, Berlin 1889.

Denkschrift: zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches nebst drei Anlagen, Berlin S.W. 1896.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Bd. III, Sachenrecht, Halle a. S. 1898.

— Pandekten I, 2. Aufl. 6., Berlin 1900.

Eisele: Die Compensation nach römischem u. gemeinem Recht, Berlin 1876.

Endemann: Einführung in das Studium des BGB, Bd. II, Teil 1, Aufl. 3/5, Berlin 1900.

Enneccerus-Lehmann: Das Bürgerliche Recht, eine Einführung in das Recht des BGB., Bd. II, Lieferung 1, Sachenrecht Marburg 1898.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches f. d. Deutsche Reich. Erste Lesung, ausgearbeitet durch die von dem Bundesrate berufene Kommission. Amtliche Ausgabe. Berlin u. Leipzig 1888.

— eines bürgerlichen Gesetzbuches und eines zugehörigen Einführungsgesetzes sowie . . . In der Fassung der Bundesratsvorlagen, Berlin SW. 1898.

Erman: „Entstammt BGB. § 226 Tribonian oder Celsus?" In Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, XXV. Bd., Weimar 1904.

— „Publius Iuventius Celsus und das Kammergericht" in „Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart", 31. Bd., S. 569 bis 588, Wien 1904.

Faber: Rationalia in Pandectos, I—V, Lugduni, 1659/1663.

Fabricius: De impensis secundum ius Romanum, Vratislaviae, 1861.

Gesterding: Ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigentum und solchen Rechten, die ihm nahekommen. Greifswald 1817.

Gierke: Der Entwurf eines BGB. und das Deutsche Recht. Leipzig 1889.

Girard: Manuel elementaire de droit Romain, Paris, 5me ed. 1911; 7me ed. 1924.

Goldschmidt: Handbuch des Handelsrechts, Aufl. 2, Erlangen 1874.

Groskopff: Zur Lehre vom Retentionsrechte. Oldenburg, 1858.

Holzschuher: Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts, Aufl. 3, Leipzig 1863.

Index: Interpolationum, Quae in Iustiani Digestis Inesse Dicuntur. Weimar 1929.

Jaroczynski: Zum Begriff des Retentionsrechtes, Diss. Berlin 1888.

Kalb: Wegweiser in die römische Rechtssprache für Absolventen des humanistischen Gymnasiums, Leipzig 1912.
— Die Jagd nach Interpolationen in den Digesten; in „Programm-Abhandlung des Kgl. Gymnasiums", Nürnberg 1897.
— in Jahresbericht über die Fortschritte der klassischen Altertumswissenschaft, 109, 69. ed. Bursian, Leipzig.
— Roms Juristen nach ihrer Sprache dargestellt, Leipzig, 1890.
Kann: Klagemehrheit bei einem Delikt, in „Rechts- und Staatswissenschaftlichen Studien", Heft XIV, 1901.
Krech: Recht an Grundstücken im Entwurf. In „Beiträge zur Erläuterung des BGB.", Heft 14, 1889.
Kübler: Geschichte des römischen Rechts, Leipzig, Erlangen, 1925.
Langfeld: Die Lehre vom Retentionsrechte nach gemeinem Recht, Rostock 1886.
Leist: Das erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögens-Angelegenheiten. Zweites Heft der civilistischen Studien auf dem Gebiete Dogmatischer Analyse, Jena 1855.
Luden: Das Retentionsrecht, Leipzig 1839.
Matthiaß: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Berlin 1899.
Menochius: De adipiscenda pp possessione, 1629.
Motive: Zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Band I bis III, Amtliche Ausgabe, Berlin u. Leipzig 1888.
Mugdan: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Bd. III, Berlin 1899.
Pernice: Labeo, Romanisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit. II. Bd., Erste Abteilung, 2. Aufl, Halle 1895.
Petrazycki: Die Lehre vom Einkommen, Bd. I, Berlin 1893.
Protokolle: der Kommission für die zweite Lesung des Entw. des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. III, Sachenrecht, Berlin 1899.
Puchta: Institutionen, Bd. 1 u. 2, Aufl. 7, Leipzig 1871.
— Pandekten, Aufl. 12, Leipzig 1877.
Rabel: Grundzüge des römischen Privatrechts, in „Encyklopädie der Rechtswissenschaft" von Holtzendorff-Kohler, München, Leipzig, Berlin 1915.
Rieß: Zum Sachenrecht des Entwurfes, 3. Buch, vierter Abschnitt, Titel III und IV, in „Gutachten aus dem Anwaltsstande über die erste Lesung des Entw. eines BGB.", S. 631/692, Berlin 1890.
Rudolf: Ansprüche des redlichen Besitzers. Diss. Greifswald, 1901.
Ruge: Das Wegnahmerecht (ius tollendi), Diss. Berlin 1905.
Schenk: Die Lehre von dem Retentionsrecht nach gemeinen Rechten, Jena 1837.
Schmid: Handbuch des gegenwärtig geltenden gemeinen Deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I, Leipzig 1847.
Schmidt: Verwendungsanspruch. Diss. Göttingen, 1896.
Schweppe: Das römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung, 1. Bd., Aufl. 4, Göttingen, 1828.
Seuffert: Praktisches Pandektenrecht, 1. Bd., 1852 Würzburg.
Siber: Schranken der privaten Rechte. Rede, gehalten anläßlich des Rektoratswechsels an der Universität Leipzig, am 31. Oktober 1926.
Sohm-Mitteis-Wenger: Institutionen, Geschichte und System des röm. Privatrechts, München und Leipzig 1924.
Steinbach: Ansprüche wegen Verwendungen; Diss. Erlangen 1897.
Staassen: Ansprüche des Besitzers. Diss. Erlangen, 1898.
Vangerow: Lehrbuch der Pandekten, Bd. I, Marburg, 1851.
Wening-Ingenheim, v: De impensis earumque restitutione, Diss. Heidelberg, MCCCCXLI.
Weseler: Das ius tollendi des Besitzers im System der Verwendungsansprüche nach gemeinem Rechte und dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Diss. Greifswald, 1899.
Windscheid: Pandekten, Bd. 1—3, Aufl. 7, Frankfurt a. M., 1891.

Einleitung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch ist nicht aus dem Nichts geschaffen worden. Seine Verfasser konnten vielmehr auf einer breiten Grundlage aufbauen, die durch Gesetzgebung und Rechtsprechung in jahrhundertelanger Entwicklung gegeben war. Dabei ist die Rechtswissenschaft als Wegbahnerin ebenfalls von großer Bedeutung gewesen.

Die Summe der Rechtsgedanken, die in unserem Bürgerlichen Gesetzbuch enthalten sind, finden wir zum größten Teil schon im römischen oder germanischen Recht. Daher lassen sich die Rechtssätze des BGB. in zwei große Gruppen unterscheiden, nämlich in eine solche germanischen und römisch-rechtlichen Ursprungs.

Zu der letzteren gehören die vom BGB. aufgestellten Rechtsnormen, durch die der zur Herausgabe verpflichtete Besitzer einer Sache dem empfangsberechtigten Eigentümer gegenüber Verwendungsansprüche zugebilligt erhält.

Der Grund, weswegen man dieses Rechtsgebiet nach römisch-rechtlichem Vorbild geregelt hat, ist in den Motiven[1]) klar zum Ausdruck gekommen; dort wird ausgeführt, daß das römische Recht in seiner liberalen, den wirtschaftlichen Bedürfnissen entgegenkommenden Impensenlehre zur Grundlage für ein den modernen Anforderungen entsprechendes Recht wohl geeignet sei.

Und in der Tat enthält das römische Recht umfassende Vorschriften in dieser Beziehung, die wir im germanischen Recht vergeblich suchen, da in Germanien vor der Rezeption des römischen Rechts mangels eines regen Wirtschaftslebens kein Bedürfnis für derartige Rechtsnormen vorhanden war.

In Rom dagegen mit seinem entwickelteren Wirtschaftsleben bestehen zahlreiche Beziehungen von Person zu Person, die auf einem wechselseitig gewährten Kredite beruhen: der Eigentümer gibt eine Sache zur Verwahrung, zum Pfand oder in Leihe. Grundstücke werden verpachtet, vermietet oder zum Nießbrauch gegeben.

Bei all diesen und ähnlichen Rechtsverhältnissen konnten aber einfache Rechtsnormen, die den Besitzer zur Rückgabe schlechthin verpflichteten, nicht genügen; denn in den meisten Fällen ist die hingegebene Sache benützt oder bewirtschaftet worden. Sie kann also verschlechtert, aber auch verbessert sein. Soll nun bei etwaigen Verbesserungen der Eigentümer die wertvollere Sache schmunzelnd zurückfordern dürfen, ohne für den Wertzuwachs eine Vergütung an den Besitzer zu zahlen?

---

[1]) Mot. III, S. 411.

Einen gerechten Ausgleich dieser widerstreitenden Interessen zwischen Besitzer und Eigentümer strebt die Impensenlehre an. Sie kennt als besondere Art der Entschädigung des herausgabepflichtigen Besitzers das ius tollendi.

Aufgabe dieser Arbeit sei es, die römischen Rechtsnormen mit den entsprechenden Verwendungsansprüchen des BGB. zu vergleichen. Es soll daher zunächst das römische Recht dargestellt werden. Daran schließt sich ein Vergleich der römisch-rechtlichen mit der vom BGB. getroffenen Regelung an.

Um die Arbeit nicht zu umfangreich werden zu lassen, sollen sich unsere Erörterungen auf das Rechtsverhältnis des Vindikanten einer einzelnen Sache zu dem Besitzer beschränken; außer Acht bleiben sollen die Spezialfälle, bei denen es sich doch nur um ähnliche, auf derselben Grundlage beruhende Rechtsgedanken handelt, so das Rechtsverhältnis zwischen Erben und Erbschaftsbesitzer, zwischen Eigentümer und Nießbraucher oder Pächter, zwischen Ehemann und Ehefrau bezüglich der Dos, usw.

I. Römisches Recht.

A) Bezeichnung und Begriff der impensae (Verwendungen).

1. Bezeichnung.

Im corpus iuris begegnen uns folgende Bezeichnungen für den Begriff impensae: sumptus,[2]) impensae,[3]) expensae,[4]) impendium[5]) und meliorationes.[6]) Wenn auch von verschiedenen Schriftstellern[7]) der Versuch gemacht wird, den unterschiedlichen Bezeichnungen auch unterschiedliche Begriffe beizulegen, so darf man dennoch annehmen, daß alle angeführten Ausdrücke generell dasselbe besagen: impensae, Verwendungen.

2. Begriff der Verwendungen.

Was unter dem Begriff impensae zu verstehen ist, darüber geben uns die Quellen keinen Aufschluß. — Man wird aber wohl kaum fehl-

[2]) Dig. XXXIX 5, 18, ult.; Dig. V 1, 79; Dig. XXXVI 1, 22,3.
[3]) Dig. V 3, 38; Dig. L 16, 79; Dig. XXV 1, 14.
[4]) Dig. IV 4, 39, ult.; Cod. III 31, 12; Cod. II 19, 24.
[5]) Dig. IX 2, 7; Dig. IX 3, ult.; Dig. XVII 1, 27.
[6]) Cod. IV 66, 3.
[7]) Fabricius, a. a. O., S. 1, erblickt in dem Ausdruck sumptus (Kosten) einen gewissen Oberbegriff, der expensae (Auslagen, Ausgaben) und impensae umfasse. Seuffert, a. a. O., § 66, und Holzschuher, a. a. O., Bd. I, 13, 210 verstehen unter impensae Verwendungen in eine Sache und unter expensae Verwendungen, die in durch Ausgaben entstandenen Unkosten bestehen. v. Wening-Ingenheim, a. a. O., § 3, scheidet in impensae iudiciales und extraiudiciales: „impensae iudiciales vocantur, quae ex lite coram iudicibus publicis tractata oriuntur; impensae extraiudiciales varia ratione oriri possunt, re non in iudicium deducta". Boecking, a. a. O., § 107, trennt impensae in rem (Kosten) von den impensae propter rem (Unkosten).

gehen, wenn man unter Verwendungen alle diejenigen Geschäfte versteht, „deren wirtschaftlicher Erfolg dem dinglich Berechtigten in irgendeiner Weise zugute kommt".[8])

Dieser Begriff der impensae, der bei der Bildung des BGB. und darüber hinaus in Theorie und Praxis allgemein anerkannt wurde,[9]) dürfte sich wohl mit dem ursprünglichen Begriff der römischen Juristen decken.

B) Dreiteilung der impensae und deren verschiedene rechtliche Behandlung.

1. Dreiteilung.

Verwendungen können aus dreierlei verschiedenen Gründen gemacht werden.

Einmal will der Besitzer eine Sache durch die Verwendung lediglich vor Schaden bewahren, also Verschlechterungen derselben verhüten; ein anderes Mal aber strebt er mit seinen Verwendungen eine nützliche Werterhöhung, eine praktische Verbesserung der betreffenden Sache an. Schließlich kann eine Verwendung aber auch lediglich auf einer besonderen Liebhaberei, der voluntas des Verwendenden beruhen.

Entsprechend diesen drei verschiedenen Gründen teilt das römische Recht die Verwendungen ein in:

a) impensae necessariae,
b) impensae utiles und
c) impensae voluptuariae.

Zu a: Für die impensae necessariae bieten uns die römischen Quellen zahlreiche Beispiele: moles in mare vel flumen projectae; si pistrinum vel horreum necessario factum sit; si quis aedificium ruens refecerit, vel in valetudinem servorum impenderit, vel si vites propagaverit vel arbores curaverit.[10])

Hieraus ergibt sich, daß als impensae necessariae nur diejenigen Verwendungen anzusehen sind, durch die die Substanz der Sache erhalten wird,[11]) wobei aber noch als weitere Voraussetzung hervorgehoben werden muß, daß die Sache selbst für den Eigentümer eine necessaria oder doch wenigstens keine inutilis ist.[12])

Zu b: Zu den impensae utiles sind alle diejenigen Verwendungen zu rechnen, die (ohne impensae necessariae zu sein) eine nützliche

---

[8]) So Mot. III, S. 411.
[9]) Vgl. Mot. Bd. III, S. 31.
[10]) Vgl. Dig. XXV 1, 1—3; vgl. ferner Menochius, a. a. O., Nr. 500.
[11]) Dig. XXV 1, 1: „necessariae hae dicuntur, quae habent in se necessitatem impendendi". — Ferner: Dig. L 16, 79: „impensae necessariae sunt, quae si factae non sint, res aut peritura aut deterior futura sit . . ."
[12]) Dig. XXV 1, 1—3: „Fulcinius inquit, si aedificium ruens, quod habere mulieri utile erat, refecerit, . . . necessarias impensas fecisse videtur".

Wertsteigerung der Sache zur Folge haben.[13]) Das geht aus den Definitionen des Ulpian und des Fulcinius hervor.[14])

Die Richtigkeit dieser Definition wird durch zahlreiche Beispiele der Quellen bestätigt. Im folgenden seien einige aufgeführt:

Bei Grundstücken gelten als impensae utiles: Verbesserungen des Landes durch Anlage von Olivenpflanzungen, Steigerung der Ertragsfähigkeit eines Waldes: colonus vineas instituit et propter earum fructum denis amplius aureis annuis ager locari coeperat ... sumptus utiliter factos (Dig. XIX 2, 61); si novelletum in fundo factum sit (Dig XXV 1, 6); olivetum succiderat ad hoc, ut novellum reponeret (Dig. XXIII 5, 8); saltrum grandem ... excoluisti sic, ut magni pretii faceres (Dig. XIII 7, 25); arbusti pastinationem ultra quam necesse fuerat (Dig. L 16, 79); schließlich gehören noch dahin Mineralausbeuten, so Dig. XXIII 5, 18 und Dig VII 1, 13, 5.

Weitere Beispiele liefern: Dig. XXV 1, 6: si in domo pistrinum aut tabernam adiecerit, Anlage einer Vorratskammer und einer taberna; Dig. XXV 1, 14, 1: pecora praediis imponere, id est stercorare, Anschaffung von Vieh zur Bedüngung von Grundstücken.

Bei Sklaven kommen als impensae utiles Ausbildungskosten in irgendwelchen Fertigkeiten in Frage. Es muß allerdings feststehen, daß der Eigentümer von der neuerworbenen Fähigkeit des Sklaven irgendwelchen Nutzen ziehen kann; letzteres wird aber immer dann anzunehmen sein, wenn der Eigentümer dem Sklaven früher schon in derselben Richtung hat Unterricht zuteil werden lassen. Vgl. Dig. XXV 1, 6: „si servos artes docuerit", Dig. VI 1, 27, 5 und Dig. VI 1, 28; Dig. VII 1, 27, 2; Dig. L, 16, 79, 1.

Zweifelhaft kann sein, ob die Leistung der litis aestimatio in einem die Sache verfolgenden Prozesse als zu den impensae utiles gehörig anzusehen ist. Manchmal kann es ja zweckmäßiger sein, um die Sache ungestört behalten zu können, den betreffenden Betrag zu zahlen: cum id utilius sit, quam servos ipsos dedi, Dig. V 3, 39; ebenso Dig. VI 1, 27, 5. Die Ansicht Leists,[15]) der die Leistung der litis aestimatio zu den impensae utiles zählt, dürfte aber falsch sein, denn mit Recht weist Fabricius[16]) darauf hin, daß die Leistungen der litis aestimatio immer dann als impensae necessariae anzusprechen sind, wenn die Sachen selbst für den Eigentümer utiles sind; hat der Eigentümer dagegen überhaupt kein Interesse an den fraglichen Sachen, so

[13]) Aehnlich auch Petrazyki, a. a. O., S. 298, der die Frage, ob Verwendungen auf eine Sache als notwendige oder nützliche anzusprechen sind, nicht nach den Verhältnissen dieser Sache allein, sondern nach den Gesamtverhältnissen des Wirtschaftbetriebes beurteilt, in dem die betreffende Einzelsache eine Rolle spielt. Er sagt: impensae utiles sind „einmalige Kosten der erfolgreichen Erweiterung der Wirtschaft über die bestehenden Grenzen."

[14]) Ulpian in Dig. XXV 1, 5, 3: „utiles impensae sunt, quas maritus utiliter fecit, remque meliorem refecerit". Fulcinius in D L 16, 79: „utiles impensae esse, quae meliorem dotem faciant, non: deteriorem rem esse non sinant".

[15]) Leist, a. a. O., § 8 S. 29.

[16]) Fabricius, a. a. O., § 5, S. 27/28.

können folgerichtig auch alle ihretwegen in Kauf genommenen Unkosten lediglich inutiles, aber niemals utiles impensae sein; denn die Erhaltung einer wertlosen Sache kann diese dem Eigentümer doch in keiner Weise wertvoller machen.

Ferner ist zweifelhaft, ob der Kaufpreis einer ungültig veräußerten Sache, die von dem Eigentümer vindiciert wird, zu den impensae utiles zählt. Hier ist es wiederum Leist,[17]) der dies bejaht; Puchta [18]) geht sogar noch weiter, indem er eine solche Ausgabe unter Umständen zu den impensae necessariae rechnen will. Die Ansicht beider dürfte aber wohl unrichtig sein; denn von einer Verwendung auf eine Sache kann gar nicht die Rede sein. Auch aus dem in den Quellen befindlichen Beispiel (Cod. V 71, 16) kann weder für Leists noch Puchtas Ansicht eine Stütze herausgelesen werden; denn dort wird, wenn ein an sich berechtigter Minderjähriger sein ohne obrigkeitliches Dekret veräußertes Grundstück zurückverlangt, dem herausgabepflichtigen Besitzer kein Verwendungsanspruch gegeben, sondern die ihm gewährte exceptio doli beruht einzig und allein auf der Minderjährigkeit des Verkäufers.

Ist dagegen die vindicierte Sache von einem Nichtberechtigten ungültig veräußert worden — das römische Recht kannte bekanntlich keinen gutgläubigen Eigentumserwerb [19]) —, so kann ein Erstattungsanspruch bezüglich des Kaufpreises dem herausgabepflichtigen Besitzer nur unter dem Gesichtspunkt der negotiorum gestio zustehen. Dann aber ist der Grund dieses evtl. Erstattungsanspruches nicht die impensae, sondern das negotium. Die Richtigkeit des Gesagten wird durch Dig. XXXV 1, 40, 1 erhärtet. Tatbestand: Ein Erblasser hat ein Grundsück vermacht unter der Bedingung, daß dem Erben die impensae erstattet werden; der Erbe beansprucht u. a. auch den Kaufpreis für das Grundstück als impensae. Zwar gibt Cascellius dem Erben Recht: „etiam pretium fundi dari debere", aber Ofilius, Cinna und Labeo erblicken in dem Kaufpreis keine impensae: „impensae verbo pretium non significari, sed eos dumtaxat sumptus, quos in eum (fundum), posteaquam emtus esset, fecit".

Zu c: Impensae luxoriosae (oder voluptuariae) sind solche Verwendungen, die ohne weder notwendig noch nützlich zu sein, lediglich eine Verschönerung oder erhöhte Bequemlichkeit in der Benutzung zur Folge haben.[20])

In den Quellen finden sich viele Beispiele. So werden genannt: Viridia, aquae salientes, incrustationes, loricationes, picturae (Dig. L 16, 79, 2); balinea exstruere (Dig. XXV 1, 14, 2); voluntatis causa tectoria et pavimenta et similia (Dig. VII 1, 7, 3); picturam et marmorum et ceterarum voluptariarum rerum impensas (Dig. V 3, 39, 7); ostium vel quandam aliam aedificationem adicere (Dig. XIX 2, 19, 4); colores et picturae et marmora et sigilla (Dig. VII 1, 13, 7).

Alle diese Verwendungen bedeuten in der Regel aber für den Eigentümer keine Bereicherung, denn sie beruhen auf dem persönlichen Ge-

[17]) Leist, a. a. O., § 8, S. 29.
[18]) Puchta, a. a. O., Pand. § 171, Anm. bb, S. 256; Inst. II, § 232, S. 503.
[19]) Vgl. Sohm-Mitteis-Wenger, Inst. S. 289.
[20]) So: Dig. L. 16, 79, 2: „speciem ornant, non etiam fructus augent".

schmack des Besitzers, der sich wohl nur in den seltensten Fällen mit demjenigen des Eigentümers deckt.[21]) Mit Recht nennt daher Gaius (Dig. V 3, 39, 1) diese Verwendungen „supervacuae impensae".

Allerdings können ausnahmsweise auch Verwendungen, die an sich zu den impensae voluptuariae zu rechnen wären, den Charakter von impensae utiles tragen. Dies nämlich immer dann, wenn der Eigentümer die verzierte oder verschönerte Sache zu verkaufen gedenkt (venalem habet, Dig. VI 1, 29); denn in diesen Fällen wird normalerweise infolge der impensae voluptuariae ein höherer Kaufpreis zu erzielen sein; so daß wirtschaftlich gesehen doch eine Wertsteigerung der Sache für den Eigentümer eintritt. So Paulus libro XXXVI ad edictum: „quod si hae res, in quibus impensae factae sunt, promercales fuerint, tales impensae non voluptuariae, sed utiles sunt".

2. Die verschiedene rechtliche Behandlung der Impensen.

„Für notwendige Verwendungen kann jeder Besitzer Ersatz verlangen, auch der unredliche, nur nicht der Dieb. Für andere Verwendungen hat der unredliche Besitzer keinen Ersatzanspruch, er hat nur das Recht, die gemachten Anlagen wegzunehmen. Dagegen hat der redliche Besitzer einen Ersatzanspruch auch für die bloß nützlichen Verwendungen, d. h. diejenigen, welche dem Eigentümer nützlich sind, jedoch nur bis zum Belange des dadurch erzielten Mehrwertes, und so, daß er sich den Wert der Früchte, welche er behält, anrechnen muß. Für die Verwendungen, welche auch nicht nützlich in dem angegebenen Sinne sind, hat auch der redliche Besitzer nur das Recht der Wegnahme." [22])

Gliedern wir diese allgemeingültige Ansicht entsprechend dem Aufbau unserer Arbeit, so ergibt sich folgendes Bild:

a) Ansprüche wegen impensae necessariae kann erheben:
   aa) der redliche Besitzer
   bb) der unredliche Besitzer } auf Ersatz derselben,
   cc) nur der Dieb hat keinen Anspruch.

b) Ansprüche wegen impensae utiles kann erheben:
   aa) der redliche Besitzer auf Ersatz des eingetretenen Mehrwertes unter Anrechnung der ihm verbleibenden Früchte,
   bb) der unredliche Besitzer nur auf Fortnahme,
   cc) der Dieb hat wiederum keinen Anspruch.

---

[21]) Dig. XV 3, 3, 4: „. . . sed si servus mutua pecunia accepta domum dominicum exornavit tectoriis et quibusdam aliis, quae magis ad voluptatem pertinent quam ad utilitatem, non videtur versum".

[22]) So Windscheid, Pand. I, § 195, S. 584; vgl. auch Dernburg, Pand. I, 2 § 227, S. 143.

c) Ansprüche wegen impensae voluptuariae kann erheben:

aa) der redliche Besitzer } nur auf Fortnahme
bb) der unredliche Besitzer } der Einrichtungen, ius tollendi,
cc) der Dieb hat ebenfalls keinen Anspruch.

Wie wir sehen, sind die Verwendungsansprüche des herausgabepflichtigen Besitzers manchmal verschieden, je nachdem der Besitzer redlich (bonae fidei) oder unredlich (malae fidei) ist.

Bevor wir daher auf die einzelnen Verwendungsansprüche eingehen, seien diese beiden Begriffe klargestellt. Bonae fidei possessio liegt dann vor, „wenn der Besitzer an die Rechtmäßigkeit seines Besitzes glaubt, vorausgesetzt, daß dieser Glaube nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht . . ., malae fidei possessio ist dann gegeben, wenn dem Besitzer die Unrechtmäßigkeit des Besitzes entweder positiv bekannt war oder nur durch grobe Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist.“ [23])

Zu a, aa: Von den notwendigen Verwendungen, die nur der Erhaltung der Substanz einer Sache dienen, ist immer anzunehmen, daß der Eigentümer selbst die dafür erforderlichen Unkosten oder Mühen nicht gescheut haben würde. Es ist daher nicht mehr als recht und billig, wenn das römische Recht dem gutgläubigen Besitzer für sie einen Ersatzanspruch gegen den Eigentümer zubilligt.

Der Anspruch besteht, gleichgültig, ob die Verwendungen sich ihrer Natur nach von der Hauptsache trennen lassen oder nicht.

Gleichgültig ist ferner, ob die notwendigen Verwendungen für den Eigentümer einen dauernden Nutzen zur Folge haben oder nicht. Es kann z. B. sehr leicht möglich sein, daß die vom Besitzer gemachten notwendigen Verwendungen den beabsichtigten Zweck nicht für immer erfüllen können (z. B. die Stützen eines baufälligen Hauses werden mit der Zeit zu schwach); in solchen Fällen ist der Eigentümer aber trotzdem verpflichtet, die Verwendungen in voller Höhe zu ersetzen, da die impensae necessariae lediglich nach den Umständen zu beurteilen sind, unter denen sie vorgenommen werden.

Ebenso ist es für die Frage der Ersatzpflicht belanglos, ob eine notwendige Verwendung später durch Zufall wieder fortgefallen ist. Das sagt Dig. XXV 1, 4: „si fulserit insulam ruentem eaque exusta sit, impensas consequitur“. Ebenso Dig. XIII 7, 8.

Der Grund dieses Anspruches ist eben in der „necessitas und der Vornahme der Verwendungen in ihrem Zusammentreffen“ zu erblikken.[24])

Die notwendigen Verwendungen sind immer in voller Höhe zu ersetzen. Dies ist zwar in den Quellen nicht ausdrücklich hervorgehoben worden, geht aber schon daraus hervor, daß sich Einschränkungen der Ersatzpflicht nur bei anderen Arten von Verwendungen vorfinden.

---

[23]) Vgl. Sohm-Mitteis-Wenger, a. a. O., S. 272.
[24]) Leist, a. a. O., § 14, 1 Abs. 2, S. 47.

Zu a, bb: Daß bezüglich der notwendigen Verwendungen der bösgläubige Besitzer genau dieselben Ersatzansprüche wie der gutgläubige Besitzer hat, ist zwar in den Quellen nicht direkt gesagt, geht aber aus der Stelle Cod. III 32, 5, 1 klar hervor. („Cum malae fidei possessores eius, quod in rem alienam impendunt, nullam repetitionem habeant, nisi neccessarios sumptus fecerint.")

Auf den ersten Blick könnte diese Regelung unbillig erscheinen, da der bösgläubige Besitzer doch genau weiß, daß seine Verwendungen einer in fremdem Eigentum stehenden Sache zugute kommen, die er unrechtmäßigerweise nach Möglichkeit für sich behalten will. — Dennoch aber dürfte der Grund für den Ersatzanspruch des bösgläubigen Besitzers hinreichend in der Notwendigkeit der Verwendungen gegeben sein. Wollte man diesen Ersatzanspruch wegen der Bösgläubigkeit des Besitzers versagen, so würde hierin eine Bestrafung liegen; letzteres ist aber Aufgabe des Straf- und nicht des Zivilrechtes.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß der bösgläubige Besitzer wegen notwendiger Verwendungen ebenfalls die unter a, aa) dargestellten Ansprüche hat.

Zu a, cc: Lediglich der Dieb hat keinerlei Ansprüche wegen Verwendungen, weder für notwendige, nützliche noch zierende. Das geht aus Dig. XIII 1, 13 und Cod. VIII 52, 1 hervor: „sed restitutio eius (partus ancillae), si non a fure vindicaveris, ita fiet, ut, si qua in alendo eo vel forte ad discendum artificium iuste consumpta fuerint, restitueris".

Zu b: Man könnte der Ansicht sein, daß das sich aus nützlichen Verwendungen ergebende Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer dasselbe sein müsse, wie bei den notwendigen Verwendungen, da doch in beiden Fällen der Eigentümer einen Nutzen zu verzeichnen hat. Bei näherer Betrachtung wird aber bald klar, daß diese Annahme falsch sein muß. Zwar haben nützliche Verwendungen ebenfalls einen Nutzen des Eigentümers zur Folge; aber dieser Nutzen wird in den meisten Fällen dem Eigentümer nicht erstrebenswert erscheinen. Er hätte wahrscheinlich die erforderlichen Unkosten selbst nicht aufgewandt. Anders dagegen bei den notwendigen Verwendungen: kein Eigentümer würde normalerweise die zur Erhaltung der Substanz seiner Sache erforderlichen Unkosten scheuen. Aus diesem Unterschied erklärt sich, daß bei nützlichen Verwendungen die rechtliche Regelung eine ganz andere sein muß als bei den notwendigen.

Zu b, bb: Die Ansprüche des bonae fidei possessor wegen nützlicher Verwendungen sind unter zwei verschiedenen Gesichtspunkten zu behandeln, je nachdem ob es sich um trennbare oder untrennbare Verwendungen handelt.

Zunächst sollen die trennbaren Verwendungen behandelt werden. Die in den Quellen enthaltenen diesbezüglichen Beispiele beschäftigen sich gewöhnlich mit dem Fall, daß ein gutgläubiger Besitzer auf einem fremden Grundstück gebaut, gesät oder gepflanzt hat.

Es ist nicht ganz leicht, aus den Quellen eine übereinstimmende, einheitliche Regelung herauszulesen.

So heißt es an einer Stelle: „Certe illud constat, si in possessione constituto aedificatore soli dominus petat, domum suam esse, nec solvat pretium materiae et mercedes fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli; utique si bonae fidei possessor fuit qui aedificasset.“ [25])

In gleicher Weise entscheidet Paulus: [26]) „in omnibus igitur istis, in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit meamque efficit, si eam rem vindicem, per exceptionem doli mali cogar pretium eius, quod accesserit dare.“

Während nach diesen beiden Stellen dem gutgläubigen Besitzer ein Ersatzanspruch wegen nützlicher Verwendungen schlechthin zusteht, wird in einer dritten Stelle [27]) der Ersatzanspruch davon abhängig gemacht, daß der Eigentümer nicht damit einverstanden ist, daß der Besitzer die getroffenen Einrichtungen wieder fortnimmt, also von dem ius tollendi Gebrauch macht. Diese Stelle lautet: „In rem petitam, si possessor ante litem contestatam sumptus fecit, per doli mali exceptionem ratio eorum haberi debet, si perseveret actor petere rem suam non redditis sumptibus. Idem est etiam, si noxali iudicio servum defendit et damnatus praestitit pecuniam, aut in area, quae fuit petitoris per errorem insulam aedificavit: nisi tamen paratus sit petitor, pati tollere eum aedificium quod et in area uxori donata per iudicem, qui de dote cognoscit faciendum dixerunt, sed si puerum meum cum possideres, erudisses, non idem observandum Proculus existimat, quia neque carere servo meo debeam nec potest remedium idem adhiberi, quod in area diximus.“

Man darf wohl aus den Worten „per errorem“ schließen, daß diese Stelle von dem gutgläubigen Besitzer spricht. Demnach will sie also besagen, daß dem gutgläubigen Besitzer zunächst nur das ius tollendi zustehe; erst wenn ihm die Ausübung dieses Rechtes von dem Eigentümer verweigert werde, habe er einen Ersatzanspruch.

Wie kann man es nun erklären, daß ein und derselbe Schriftsteller so widersprechende Entscheidungen gibt? Einen wichtigen Fingerzeig dürfte uns hierbei die Stelle Dig. VI 1, 38 mit dem Satze bieten: „. . . finge pauperem, qui si reddere id cogatur, laribus paternis sepulchris avitis carendum habeat, sufficit tibi permitti tollere ex his rebus quae possis, dum ita ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum.“ Celsus, von dem diese Stelle stammt, ist also der Ansicht, daß ein in ärmlichen Verhältnissen lebender Eigentümer durch den Verwendungsanspruch des herausgabepflichtigen Besitzers nicht gezwungen werden soll, zwecks Befriedigung des genannten Anspruches sein Grundstück zu verkaufen. In einem solchen Sonderfalle soll dem Besitzer lediglich ein Wegnahmerecht zustehen. (Auf den Satz: „Constituimus vero . . . bis . . . fiat ei potestas“ braucht an dieser Stelle noch nicht eingegangen zu werden.)

Einen ähnlichen Sonderfall mag auch Paulus in seiner zweiten Stelle im Auge gehabt haben. Es ist z. B. möglich, daß die Errichtung eines

[25]) Inst. II, 1, 30.
[26]) Dig. VI 1, 23, 4; ebenso auch Dig. X 3, 14, 1.
[27]) Dig. VI 1, 27, 5. Sonderbar ist, daß diese anscheinend widersprechende Stelle ebenfalls von Paulus stammt.

Gebäudes gar nicht den allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnissen des Eigentümers entspricht. Soll hier die Institution des Verwendungsanspruches, die doch nur geschaffen worden ist, um die bei einer rei vindicatio sich ergebenden wirtschaftlichen Härten zu vermeiden, diese rei vindicatio selbst praktisch illusorisch machen? Nein! Der bodenständige Grundeigentümer soll auf jeden Fall seinen Grund zurückerhalten. Zwecks Aufrechterhaltung dieses Grundsatzes muß sich der Besitzer in dem angenommenen Sonderfall eben mit dem ius tollendi begnügen.[28])

Nur so, indem wir unterstellen, daß Paulus bei seiner zweiten Stelle irgend einen derartigen Sonderfall behandelt habe, läßt sich der Widerspruch erklären.[29])

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß der vindicierende Eigentümer generell verpflichtet ist, dem gutgläubigen Besitzer die trennbaren nützlichen Verwendungen zu ersetzen. Nur in den Sonderfällen, wo von einem Nutzen für den Eigentümer nicht mehr gesprochen werden kann oder der Eigentümer durch Erfüllung des Verwendungsanspruches allzusehr geschädigt sein würde, muß sich der Besitzer mit dem ius tollendi begnügen.

Die Regelung der Ansprüche bei untrennbaren nützlichen Verwendungen ist grundsätzlich die gleiche wie bei den trennbaren. Es liegt allerdings in der Natur der Sache begründet, daß hier von einem ius tollendi nicht die Rede sein kann.

Behandeln wir das auf Seite 4 dieser Arbeit angeführte Beispiel der Ausbildungskosten eines Sklaven in irgendwelchen Fertigkeiten, so ist zu sagen, daß der Eigentümer diese Kosten zu erstatten hat, sofern derselbe wirklich infolge der Ausbildung einen Nutzen erhält. (Vgl. Ausführungen auf S. 4.)

Nur in dem Ausnahmefalle, daß die Ausbildungskosten über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Eigentümers hinausgehen, fällt diese Ersatzpflicht fort; da der Gedanke des ius tollendi hier keine Anwendung finden kann, so muß der Besitzer eben im Interesse der Aufrechterhaltung der rei vindicatio leer ausgehen.[30])

Zu b, bb: Hat dagegen ein bösgläubiger Besitzer nützliche Verwendungen auf eine Sache gemacht, so ist das Recht viel weniger bemüht, den herausgabepflichtigen Teil bei der Durchführung der rei vindicatio vor wirtschaftlichen Schäden zu bewahren. Daß dem bösgläubigen Besitzer jeglicher Anspruch auf Ersatz solcher Verwendungen abgesprochen wird, geht klar aus verschiedenen Quellenstellen hervor: Cod. III 32, 5, 1: „Eius autem quod impendit, rationem haberi

---

[28]) Für die Richtigkeit dieses Gedankens spricht u. a. auch Dig. VI 1, 27, 5: „quia neque carere servo meo debeam".

[29]) So auch Stassen, a .a. O., S. 14.

[30]) in diesem Sinne heißt es: Dig. VI 1, 27: „. . . sed si puerum meum cum possideres erudisses, non idem observandum Proculus existimat, quia neque carere servo meo debeam, nec potest remedium idem adhiberi quod in area diximus". Ferner: Dig. VI 1, 28: „forte quod pictorem aut librarium docueris dicitur non aliter officio iudicis aestimationem haberi posse".

non posse merito rescriptum est, cum malae fidei possessores eius quod in rem alienam impendunt, non eorum negotium gerentes, quorum res est, nullam habeant repetitionem, nisi necessarios sumptus fecerint....." Ferner aus Cod. VIII 10, 5: „cum aedificia, quae alieno loco imponuntur, solo cedant, nec impensae his qui improbe id fecerint, restitui debeant".

Diese Regelung erscheint durchaus billig, denn der bösgläubige Besitzer wußte ja, als er sich die Unkosten bereitete, daß die Sache einem anderen gehörte und ihm jederzeit vindiciert werden konnte. Wenn nun seine Kapitalinvestierungen einem anderen, dem Eigentümer, zugute kommen, so will das Recht ihn nicht etwa durch diese Bestimmungen bestrafen — denn das ist nicht Aufgabe des Zivilrechts —, sondern es will den Eigentümer lediglich davor bewahren, daß er durch irgendwelche nützlichen Verwendungen eines bösgläubigen Besitzers einen Zwang in seinen Vermögensdispositionen auferlegt bekommt. Das wäre nämlich das praktische Ergebnis, wollte man den Eigentümer gegenüber dem bösgläubigen Besitzer ersatzpflichtig machen. Mag die Einrichtung noch so nützlich sein, in vielen Fällen würde sich der Eigentümer die durch die Verwendungen bedingten Unkosten niemals freiwillig auferlegt haben. — Dies ist der Grund, weswegen man dem Eigentümer gegenüber dem bösgläubigen Besitzer keine Ersatzpflicht zumuten darf, zumal bei dem bösgläubigen Besitzer nicht so sehr das Bedürfnis vorliegt, ihn vor wirtschaftlichen Schäden zu bewahren, denn e r kannte ja die Fehlerhaftigkeit seines Besitzstandes.

Andererseits soll aber auch jede ungerechtfertigte Bereicherung des Eigentümers vermieden werden. Daher hat das römische Recht dem malae fidei possessor wegen nützlicher Verwendungen immerhin das ius tollendi zugebilligt.

Zwar ist in der Stelle Dig. XLI 1, 7, 12, die von Gaius stammt, die Ansicht vertreten, daß der malae fidei possessor überhaupt keine Verwendungsansprüche habe; dort heißt es nämlich: „... et si scit, alienum solum esse, sua voluntate amisisse proprietatem materiae intellegitur; itaque neque diruto quidem aedificio vindicatio eius materiae competit". Es wird also mit der Fiktion gearbeitet, daß der bösgläubige Besitzer sich des Gebäudes zugunsten des Eigentümers entäußert habe. Aehnlich Inst. II 1, 30.

Aber demgegenüber wird in zwei weiteren Stellen ein anderer Standpunkt vertreten. Sie billigen dem malae fidei posessor wenigstens das ius tollendi zu. So Cod. III 32, 2, 1: „si vero fuerit dissolutum, materia eius ad pristinum dominum redit, sive bona fide, sive mala fide aedificium exstructum sit, si non donandi animo aedificia alieno solo imposita sint". — Ferner: Cod. III 32, 5: „Sin autem utiles, licentia eius permittitur, sine laesione prioris status rei eos auferre". — Die erstere der angeführten Stellen lehnt also die Fiktion einer Schenkung als ungenügend ab; sie verlangt vielmehr für die Aberkennung des ius tollendi, daß die Schenkungsabsicht tatsächlich zum Ausdruck gekommen ist. Die

zweite Stelle spricht sich schlechthin für das ius tollendi aus, also auch zugunsten des bösgläubigen Besitzers.

Diese letztgenannte Regelung dürfte wohl bei den Römern die vorherrschende gewesen sein, da sie — wie aus den Ausführungen auf Seite 10/11 dieser Arbeit hervorgeht — der aequitas besser entspricht.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß im römischen Recht dem bösgläubigen Besitzer wegen nützlicher Verwendungen nur das ius tollendi zustand.

Es bedarf keiner weiteren Ausführungen, daß in solchen Fällen, wo es sich um untrennbare Verwendungen handelt, das ius tollendi begrifflich illusorisch ist. Der bösgläubige Besitzer geht in solchen Fällen leer aus.

Zweifelhaft könnte sein, ob in denjenigen Fällen, wo der Eigentümer bestimmt genau dieselben Verwendungen gemacht haben würde, dem bösgläubigen Besitzer nicht doch ein Ersatzanspruch zuzusprechen ist. Es ist nämlich nicht einzusehen, warum in solchen Fällen eine andere Regelung eintreten soll als beim gutgläubigen Besitzer. Allein in den auf Seite 9 dieser Arbeit angeführten Stellen wird kein Zweifel gelassen, daß die dem gutgläubigen Besitzer zugebilligten Ersatzansprüche dem bösgläubigen zu versagen sind.

Zu b, cc: Das zu a, cc Gesagte gilt hier ebenfalls.

Zu c, aa: Wir haben durch unsere Ausführungen auf Seite 8 bis 10 festgestellt, daß der gutgläubige Besitzer wegen nützlicher Verwendungen grundsätzlich einen Ersatzanspruch gegen den vindicierenden Eigentümer hat und sich nur in wenigen Ausnahmefällen mit einem ius tollendi begnügen muß.

Gibt es Gründe, die für eine abweichende Regelung bei den zierenden Verwendungen sprechen? Ja!

Bei nützlichen Verwendungen kam immer eine nützliche Wertsteigerung der Sache in Frage. Anders bei den nur zierenden: Abgesehen von dem Falle, wo die zierenden Verwendungen einer dem Eigentümer feilen Sache zugute gekommen sind, sodaß dieser infolge der damit verbundenen Erhöhung des Kaufpreises doch wirtschaftlich eine Verbesserung erfahren hat, werden dem Eigentümer durch Verwendungen dieser Art keine greifbaren wirtschaftlichen Vorteile erwachsen. Was nützt es z. B. einem Kleinbauern, wenn auf seinem landwirtschaftlichen Grundstück ein Palast erbaut wird? Gar nichts! Denn er ist nicht gewohnt, in prunkvollen Gemächern zu wohnen, er bleibt lieber in seinem gemütlichen Bauernhaus. Ja, die Besorgung seiner Wirtschaft wird es gar nicht einmal zulassen, den prunkvollen Bau zu beziehen. Soll dieser Mann durch die Rechtsordnung gezwungen werden, irgendwelche Vermögensopfer für den Neubau zu bringen, der ganz ohne seinen Willen und ohne sein Wissen errichtet worden ist? Nein!

Diesen Billigkeitserwägungen trägt auch das römische Recht Rechnung, denn es gewährt dem herausgabepflichtigen Besitzer wegen zierender Verwendungen nur ein ius tollendi. Selbstverständlich darf

die Hauptsache durch die Wegnahme nicht verschlechtert werden: „sufficit tibi permitti tollere ex his rebus, quae possis, dum ita ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum (Dig. VI 1, 38).[31])

Untrennbare zierende Verwendungen müssen unentgeltlich dem Eigentümer verbleiben, da die Ausübung eines ius tollendi bei ihnen begrifflich ausgeschlossen ist. So schon Ulpian: „Ceterum si non recipiunt (separationem) relinquendae sunt" (Dig. XXV 1, 9).

Welchen Einschränkungen das ius tollendi wegen zierender Verwendungen zu den verschiedenen Zeiten im römischen Recht unterlag, soll erst weiter unten behandelt werden, wenn das ius tollendi als solches einer eingehenden Untersuchung unterzogen wird.

Zu c, bb: Ob auch dem bösgläubigen Besitzer wegen zierender Verwendungen das ius tollendi zustehen soll, darüber schweigen sich die Quellen aus.

Gibt es Gründe, die dafür sprächen, den bösgläubigen Besitzer schlechter zu stellen als den gutgläubigen? Wohl kaum!

Wir haben gesehen, daß bei den nützlichen Verwendungen die Ansprüche des gut- und schlechtgläubigen Besitzers verschieden waren. Dem ersteren stand grundsätzlich — abgesehen von wenigen Ausnahmen — ein Ersatzanspruch zu, der letztere hatte dagegen nur das ius tollendi. — Sollte man hieraus nicht schließen können, daß der schlechtgläubige Besitzer auch bei den zierenden Verwendungen schlechter gestellt werden müsse? Nein! Denn der Grund, weswegen man dem schlechtgläubigen Besitzer bei den nützlichen Verwendungen den Ersatzanspruch verweigerte, war einzig und allein darin zu suchen, daß man ihn nicht so sehr wie den gutgläubigen Besitzer vor Vermögensbeschädigung zu bewahren brauchte, da er seine Verwendungen ja im vollen Bewußtsein auf eine fremde Sache verwandte, deren rei vindicatio er jederzeit gewärtig sein mußte. Er kannte das Risiko der Kapitalinvestierung, der gutgläubige Besitzer dagegen nicht.

Bei den zierenden Verwendungen hat nun aber schon der gutgläubige Besitzer nur das ius tollendi. Dies erklärt sich daraus, daß man einerseits den Eigentümer vor jedem Schaden bewahren will bezw. nicht zu unluktrativen Vermögensdispositionen zwingen will, und daß man andererseits den Besitzer von all dem Schaden frei halten will, der sich zu einem ungerechtfertigten Nutzen des vindicirenden Eigentümers gestalten würde. Hier soll das ius tollendi den gerechten Ausgleich der widerstreitenden wirtschaftlichen Interessen bringen.

Nach diesen Ausführungen wird klar, daß der bösgläubige Besitzer nicht anders behandelt werden darf als der gutgläubige. Auch in seinem Falle gilt es lediglich darauf zu achten, daß der Eigentümer seine Sache wieder erhält, ohne daß er einen Schaden erleidet. Andererseits besteht aber auch bei dem bösgläubigen Besitzer kein Grund, auf seine Kosten eine Bereicherung des Eigentümers eintreten zu lassen. Folglich ist dem bösgläubigen Besitzer wegen zierender Verwendungen ebenfalls ein ius tollendi zuzuerkennen.

[31]) Aehnlich auch Dig. VI 1, 37; Cod. III 32, 5; Dig. V 3, 39.

So auch die herrschende Meinung,[32]) die die Ansicht vertritt, daß im römischen Recht auch dem bösgläubigen Besitzer wegen zierender Verwendungen das ius tollendi zugestanden habe, obwohl in der in Frage kommenden Stelle Cod III 32, 5 die zierenden Verwendungen unerwähnt geblieben sind.

Zu c, cc: Das zu a, cc Gesagte gilt hier ebenfalls.

C) Das ius tollendi insbesondere.

In dem bisherigen Teil der Arbeit haben wir diejenigen Bestimmungen kennen gelernt, die die römischen Juristen aufgestellt haben, um bei der Durchführung einer rei vindicatio ungerechtfertigte Bereicherungen des vindicierenden Eigentümers und unnötige Vermögensverluste des herausgabepflichtigen Besitzers hintanzuhalten.

Wir haben gesehen, daß dabei die Institution des ius tollendi eine gewichtige Rolle spielt.

a) Dig. VI 1, 38.

Von den vielen Quellenstellen,[33]) die sich mit dem ius tollendi beschäftigen, sei die grundlegende Stelle Dig. VI 1, 38 einer kritischen Würdigung unterzogen. Sie lautet:

„Celsus libro tertio digestorum. In fundo alieno, quem imprudens emeras, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur: bonus iudex varie ex personis causisque constituet. finge, et dominum eadem facturum fuisse: reddat impensam, ut fundum recipiat, usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est, et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est. finge pauperem, qui se reddere id cogatur, laribus paternis, sepulchris avitis carendum habeat: sufficit tibi permitti tollere ex his rebus quae possis, dum ita ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum. Constituimus vero, ut si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablatis, fiat ei potestas: neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris picturasque corradere velis, nihil laturus nisi officias. finge eam personam esse domini, quae receptum fundum mox venditura sit: nisi reddit, quantum prima parte reddi oportere diximus, eo deducto tu condemnandus es."

---

[32]) Vgl. Sohm-Mitteis-Wenger, a. a. O., S. 316; ferner Windscheid, Pand. I. § 195, S. 584; ferner Dernburg, Pand. I, 2 § 227, S. 143, u. a. mehr.

[33]) Als solche kommen nach Ruge, a. a. O., S. 8 ff., in Frage: 1. Dig. V 3, 39, 1; 2. Dig. VI 1, 27, 5; 3. Dig. VI 1, 37; 4. Dig. VII 1, 15; 5. Dig. XV 3, 3, 4; 6. Dig. XVII 1, 10, 10; 7. Dig. XIX 2, 19, 4; 8. Dig. XXV 1, 9; 9. Dig. XXVI 7, 32, 5; 10. Cod. III 32, 5, 1; 11. Cod. V 13, c. u. 5. Da es zu weit führen würde, alle diese Stellen eingehend zu behandeln, so sollen sie dann und wann nur vergleichsweise herangezogen werden. Insbesondere soll darauf verzichtet werden, sie auf evtl. Interpolationen zu prüfen.

b) Die Persönlichkeit des Celsus.

Bevor wir uns mit der angeführten Stelle auseinandersetzen, dürfte es angebracht sein, einiges über die Person des Celsus zu sagen.

P. Iuventius Celsus T. Aufidius Hoenius Severianus war im Jahre 95 an einer Verschwörung gegen Domitian beteiligt, jedoch gelang es ihm durch Verstellung, seinen Kopf zu retten. An öffentlichen Aemtern hat er bekleidet einmal — im Jahre 106 oder 107 — die Prätur und zweimal das Konsulat, zum zweiten Male im Jahre 129. Außerdem war er Statthalter von Thrazien und Mitglied des Staatsrates unter Hadrian.

Geschrieben hat er Digesta in 39 Büchern, von denen viele Bruchstücke in die Pandekten aufgenommen worden sind, epistolae in mindestens 11 Büchern und schließlich quaestiones in wenigstens 19 Büchern.[34])

Als Jurist zeichnet er sich durch Scharfsinn und strenge Logik, aber ebenso sehr auch durch Grobheit aus. „Nicht der größte unter jenen Meistern, aber der eigenartigste, persönlich anziehendste ist Celsus der Sohn, dem am häufigsten die juristische Eleganz nachgerühmt wird, die geistvoll treffsichere Selbständigkeit im Denken und Ausdruck, und dessen „elegantes" Wort von der ars boni et aequi am Eingang von Justinians Pandekten steht".[34])

Er gehörte der proculianischen Richtung an.[35])

c) Interpolationsfragen.

In der Literatur herrscht Streit, inwieweit diese Stelle von Celsus stammt.

Der erste Teil der Stelle bis zu den Worten „... non foret aedificatum" wird allgemein als echt anerkannt. Allerdings wird auch der Satz von „finge pauperem" bis „... foret aedificatum" von Kann[36]) einer Interpolation verdächtigt, doch dürfte das von ihm zusammengetragene Verdachtsmaterial kaum seinen Standpunkt rechtfertigen, denn das von Celsus gebrauchte anstößige Wort „sufficere" war den klassischen Juristen in der Bedeutung „es genügt für das Interesse der Beteiligten" durchaus geläufig. Allerdings wird es von den Kompilatoren gerne in dem Sinne „es genügt dem Gesetzgeber" benutzt; aber es besteht doch nicht der geringste Anhaltspunkt dafür, daß das Wort „sufficere" hier nur in diesem letzteren Sinne angewandt sein könne. Man wird wohl kaum fehlgehen, wenn man die Stelle bis zu den Worten „... non foret aedificatum" für echt hält.

Dagegen dürfte der gesperrt gedruckte Satz von „Constituimus vero .. bis ... potestas" nicht von Celsus, sondern von Tribonian stammen. In diesem Sinne sprechen sich mit verschiedenen guten und

---

[34]) So Erman in Grünhuts Zeitschr. a. a. O., S. 572.
[35]) Vgl. Kübler, a. a. O., S. 265/66; ferner Kalb, Roms Juristen, S. 44 ff.
[36]) Kann, a. a. O., insbes. S. 73.

überzeugenden Argumenten Faber,[37]) Pernice,[38]) Eisele,[39] Erman [40]) und andere aus.

Das einleuchtendste Argument für die Interpolation dieses Satzes bringt wohl Pernice (Anm. 1 zu S. 294), der früher die Stelle für echt gehalten hatte, nun aber sich der engegengesetzten Ansicht Fabers und Eisels anschließt. Er führt aus: „1. Mit dem Constituimus beginnt unleugbar eine andere Tonart. Bis dahin erwog der gute Richter nach Personen und Verhältnissen und traf ein Abkommen (constituit). Jetzt aber wird angeordnet, daß . . . (constituimus, ut); es wird befohlen: fiat ei potestas; es soll oder muß: non indulgendum est, condemnandus est. 2. Dabei geht die Einheitlichkeit verloren. Aeußerlich zeigt sich das in dem mehrfachen Subjektwechsel und in dem Uebergange aus der dritten Person in die zweite. Daraus entstehen Unklarheiten: fiat ei postetas muß auf den Eigentümer gehen, obwohl der possessor näher steht. Welche Ermächtigung erhält er? Das Geld zu zahlen, das er anbietet? Doch wohl: das ius tollendi abzuwenden. Wie seltsam ist das ausgedrückt für: ne fiat ei (dem Possessor) tollendi potestas oder ähnliches. Diese Negative muß man auch in der Tat hineindenken, sonst hängt der folgende Satz ganz in der Luft. Denn man bemerke wohl: er sagt nicht, der Beklagte dürfe die Gemälde nicht abkratzen, sondern man solle der Bosheit nicht nachgeben." So Pernice.

Und in der Tat wird durch den gesperrt gedruckten Satz der bis dahin einwandfreie Gedankenaufbau zerrissen. Sprachlich und stilistisch hätte man, wenn die Stelle aus einem Guß sein sollte, die gemachte Einschränkung etwa in der von Pernice angeführten Form: ne fiat ei tollendi potestas, si paratus est dominus . . . erwarten müssen.

Aber auch rein sachlich dürfte es unwahrscheinlich sein, daß der große Jurist Celsus eine solche Einschränkung des ius tollendi gebilligt haben sollte; ist er doch derjenige, dessen ganzes Wirken nur den obersten Grundsatz kannte: ius est ars boni et aequi. Sollte er sich dafür eingesetzt haben, daß der vindicierende Eigentümer das ius tollendi des Besitzers, das an sich schon ein ungenügender Schutz jedenfalls des gutgläubigen Besitzers ist, dadurch ausschalten kann, daß er ihm den geringen Wert, den die Verwendungen nach der Trennung für den Besitzer haben würden, anbietet? Daß er sich so eine ungerechtfertigte Bereicherung verschafft? Wohl kaum! Doch davon soll weiter unten eingehender gesprochen werden.

Jedenfalls darf man mit der herrschenden Ansicht schon allein aus sprachlichen Gründen den Satz „Constituimus bis fiat potestas" für interpoliert ansehen.

Bedeutend schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob auch die restlichen Sätze der behandelten Stelle interpoliert sind.

---

[37]) Faber, a. a. O., II a, p 400 sqq.
[38]) Pernice, a. a. O., II, 1, S. 293 u. 294 Anm. 1.
[39]) Eisele, a. a. O., S. 84.
[40]) Erman in Zeitschr. d. Savignystiftung, 25. Bd. 1904, S. 352 ff., insbes. S. 353.

Pernice,[41]) Eisele[42]) und Girard[43]) bejahen diese Frage. Pernice führt wohl die meisten Argumente für diese Ansicht an. Er sagt: Der Befehlston, der in dem mit Constituimus beginnenden Satz zum Ausdruck komme, finde seine Fortsetzung in dem „neque indulgendum est". Daher sei dieser Satz aus demselben Grunde wie der vorhergehende als kompilatorisch zu bezeichnen. Ebenfalls müsse der letzte Satz der Stelle „finge eam personam . . ." eine Interpolation sein, denn es sei bezeichnend für die Kompilatoren, daß sie mit demselben Wort „finge" des echten Teiles die Anführung von Beispielen wieder aufnähmen.[44])

Neben diesen äußerlichen Anhaltspunkten, die für eine Interpolation der genannten Sätze sprechen sollen, führt Pernice auch noch sachliche an:

So vermißt er die Angabe eines konkreten Rechtsmittels, mit dessen Hilfe die anerkannte Befugnis im Prozeß durchgeführt werden solle, auf welchen Punkt „die Klassiker begreiflicherweise den größten Nachdruck legen."[45])

Ferner soll der Gedanke, den die angeblichen Zusätze zum Ausdruck bringen, sich „ganz dem Vorstellungskreise, in dem sich die Kompilatoren bewegen" entsprechen. „Es handelt sich" — so heißt es weiter — „um eine gewisse Rücksicht auf das Interesse von Privatpersonen und die Ahndung unnützer Bosheit. Ein hoher Gesichtspunkt ist das nicht: denn von Pflichten gegenüber der Allgemeinheit bei Ausübung der Rechte, von Verknüpfung einer Befugnis mit Verbindlichkeiten ist gar keine Rede. Und ganz im Geiste der Kompilation ist es, dem Gedanken eine Form zu geben, die einen schwierigen, kaum zu führenden Beweis notwendig macht."[46])

Eisele[47]) glaubt die beiden Schlußsätze, besonders den letzteren, deswegen nicht für echt halten zu können, weil sie nicht dem formalen Prozeßrecht, das zur Zeit des Celsus herrschte, gerecht werden. Er sagt im Hinblick auf den letzten Satz: „Mit Berücksichtigung des besonderen Umstandes, daß Kläger seiner ökonomischen Lage nach oder aus anderen Gründen die vindicierte Sache nicht behalten wird, k a n n der iudex seinen arbitratus, statt auf Herausgabe der Sache selbst, auf Zahlung ihres Wertes, und zwar gleich abzüglich der vom Kläger zu erstattenden Verwendungen richten. Zahlt Beklagter das, so wird er absolviert; andernfalls wird er auf eben diese Summe — denn das quanti ea res est geht eben nicht weiter, als auf was der Restitutionsbefehl ging — condemniert. Hiernach aber ist es mehr als wahrscheinlich, daß der letzte Satz unserer Stelle nicht ganz so, wie wir ihn jetzt lesen, von Celsus geschrieben worden ist. Denn die unmittelbare Folge davon, daß Kläger die Impensen nicht, wie befohlen, erstattet (nisi reddit usw.), kann unmöglich Verurteilung des Beklagten

---

[41]) Pernice, a. a. O., S. 294 Anm. 1; ferner S. 64 u. 65 u. Anm. 4 S. 65.
[42]) Eisele, a. a. O., S. 84.
[43]) Girard, a. a. O., p. 340 n. 3.
[44]) Pernice, a. a. O. S. 294 Anm. 1.
[45]) Pernice, a. a. O., S. 65, Ziff. 3.
[46]) Pernice, a. a. O., S. 65, Ziff. 4.
[47]) Eisele, a. a. O., S. 84.

— wenn auch mit noch so großem Abzug —, sondern nur Absolution sein. Es wäre denn, daß Kläger, aus den in der Stelle angegebenen Gründen, Abänderung des ersten auf Erstattung der Kosten gehenden Restitutionsbefehls erwirkte: aber immer muß der Kondemnation ein arbitratus und dessen Nichtbefolgung vorausgehen (in der Anm.: „Man möge nicht einwenden, diese Prozedur sei hier ganz zwecklos, da Beklagter so wie so die Aestimation abzüglich der impensae zu zahlen habe. Solche Erwägung mag die Kompilatoren zu ihrer Aenderung bewogen haben; zu Celsus Zeit aber wird man sich an die formula gehalten und dem Beklagten die Möglichkeit absolviert, also nicht iudicatus, zu werden, offen gelassen haben"). Die Annahme einer Aenderung durch die Kompilatoren wird durch zwei Momente unterstützt: Das ganze Fragment beschäftigt sich im übrigen mit dem arbitratus iudicis, ohne zu sagen, was die Folge seiner Nichtbeachtung ist; und der Passus Constituimus vero bis officias (oder bis potestas) rührt jedenfalls von den Kompilatoren her. Denn „Constituimus" sagt von sich kein klassischer Jurist, wenn schon es die Jüngeren von den veteres praedicieren. Subjekt zu diesem Constituimus ist in Wahrheit der Kaiser Justinian".

Gegen diese weitgehende Interpolationsansicht von Pernice und Eisele hat sich vor allem Erman [48]) ausgesprochen und ihre Argumente eingehend behandelt, ja, unserer Ansicht nach widerlegt.

Er hält die beiden letzten Sätze der Stelle für echt.

Ermans Verdienst ist es, bei der Untersuchung dieser Interpolationsfrage die persönliche Eigenart des Celsus gebührend berücksichtigt zu haben.

Wenn man den Aufsatz Ermans über „Publius Iuventius Celsus und das Kammergericht" [49]) gelesen hat, so wird man seinen Ausführungen über die Stelle Dig. VI 1, 38 nicht abneigend gegenüberstehen.

In jenem Aufsatz beschäftigt sich Erman mit der bekannten „responsio Celsina" (Dig. XXVIII 1, 27): Celsus libro quinto decimo digestorum . . .[50])

Tatbestand: Es war von Domitius Labeo die Frage aufgeworfen worden, ob ein Testament wegen Nichtvorhandensein der „testes rogati", also wegen Verletzung einer Formvorschrift nichtig sei.

Celsus, dem als leidenschaftlichen Verfechter des Satzes „ius est ars boni et aequi" ein solches Ergebnis mißfiel, der vielmehr dem Testament Gültigkeit zusprechen wollte, wird wohl sicherlich [51]) den bekann-

---

[48]) Erman in Zeitschr. d. Savignystiftung Bd. 25, 1904, S. 351 ff.

[49]) Erman in Grünh. Zeitschr. Bd. 31, 1904, S. 569 ff.

[50]) Domitius Labeo Celso suo salutem. Quaero an testium numero habendus sit is, qui cum rogatus est ad testamentum scribendum, idem quoque cum tabulas scripsisset, signaverit.

Juventius Celsus Labeoni suo alutem. Aut non intellego quid sit de quo consulueris, aut valide stulta est consultatio tua: plus enim quam ridiculum est dubitare an aliquis iure testis adhibitus sit, quoniam idem et tabulas testamenti scripserit.

[51]) Vgl. Erman in Grünh. Zeitschr. Bd. 31, S. 574.

ten Sabinussatz:[52]) „in testamentis in quibus testes rogati adesse debent, ut testamentum fiat, alterius rei causa forte rogatos ad testandum non esse idoneos placet", vor Augen gehabt haben. Weiter wird er auch sicherlich erkannt haben, daß es sich im fraglichen Falle um einen „alterius rei causa rogatus" handelte; dennoch aber — ja gerade, weil er weiß, daß der genannte Satz dem von ihm gewollten Ergebnis im Wege steht — stellt er sich dumm, übersieht er ihn geflissentlich. — Und mit derben und groben Worten „die Worte der Anfrage verdrehend und gegen ihren klaren Anfang — qui rogatus est ad testamentum scribendum — den ungenauen Schluß ausspielend: cum tabulas scripsisset, durch Verneinung der Frage die Gültigkeit des Testamentes zu proklamieren," das ist so ein Husarenstück, wie es für Celsus charakteristisch ist.[53]) Der derbe Ton soll den Gegner verwirren, ihn ablenken von sachlichen Erwägungen. System: Frechheit siegt!

Versuchen wir es doch einmal! denkt Celsus, der das Unglück hatte, in einem so formalistischen Zeitalter zu leben, das ihm in seinem entgegengesetzten Wesen so ganz und gar nicht paßte. Gelingt der Streich, so ist — falls kein Gegengutachten eines anderen Patentjuristen eingeholt wird, jedenfalls dieses Testament gerettet. „Und vielleicht hilft dieser Präzedenzfall sogar noch späteren Testamenten in ähnlichen Fällen."

„Der schwerfällige Karren der Rechtsentwicklung war also vorwärts geschoben in den Gleisen des Formalismus; mit nicht ganz reinlichen Mitteln zwar, aber der Künstler kann nicht immer ganz wählerisch sein: ius est ars boni et aequi." [54])

Nachdem wir an Hand dieses für Celsus charakteristischen Falles ein Bild von den Methoden gewonnen haben, mit denen er seine freiere Rechtsauffassung dem bestehenden formalistischen Geist seiner Zeit gegenüber durchzusetzen versucht, dürften uns die Ausführungen Ermans über die Dig. VI 1, 38 weniger kühn erscheinen.

Zunächst geht er auf das unbestrittene Gegenargument ein, daß zur Zeit des Celsus die exceptio doli immer Vollabweisung zur Folge gehabt habe.[55]) Obwohl er die Ansicht vertritt, daß Celsus in der behandelten Stelle hauptsächlich an den arbitratus gedacht habe, nimmt er aber dennoch an, daß er bei seiner Entscheidung sehr wohl die „altherkömmliche Regel" [56]) der exceptio doli vor Augen gehabt habe, zumal sich das „reddat impensam, ut fundum recipiat" mit der Vollab-

---

[52]) Daß dieser Satz dem Sabinus und nicht dem Ulpian zuzusprechen ist, darüber vgl. die erschöpfenden Ausführungen von Erman, die er in Form eines Exkurses an seinen oben zitierten Aufsatz über Celsus und das Kammergericht anschließt.

[53]) Mit ähnlicher Kühnheit setzt sich Celsus in Dig. XXVIII 5, 9, 2 und Dig. XXVIII 5, 60, 1 für die Gültigkeit von Testamentsverfügungen ein.

[54]) So Erman, in Grünh. Zeitschr. Bd. 31, S. 575.

[55]) Es wird verwiesen auf die diesbezüglichen Ausführungen bei Eisele, a. a. O., S. 61 ff., bei Pernice, a. a. O., II 2a und bei Appleton, Histoire de la compensation.

[56]) Erman, in Zeitschr. d. Savignystiftung, 25. Bd., S. 355.

weisung wegen exceptio doli glatt, mit dem bloßen arbitratus nur künstlich erkläre.[57])

Sodann tritt Erman für den Erklärungsversuch des Appleton[58]) ein, der die Ansicht vertritt, daß Celsus in denjenigen angeführten Beispielen, in denen er nicht zu einer Vollabweisung gelange, eben das Vorliegen eines dolus verneine, weswegen er hier mit der exceptio doli gar nicht arbeiten könne. So in den Fällen:

1. wenn der Eigentümer selbst die Anlagen nicht gemacht hätte: ius tollendi,
2. wenn er (—? sie zwar gemacht hätte? —) sie nicht bezahlen kann: ius tollendi.
3. wenn er (— in einem dieser beiden Fälle —) die Sache nicht zu behalten, sondern nur zum Verkauf zurückhaben will, die Impensen aber nicht erstattet.

Wenn auch Erman bezweifelt, daß in dem dritten Falle von Celsus Abwesenheit eines dolus angenommen worden sei — was aber immerhin noch nicht wiederlegt sei — so besteht doch nach seiner Ansicht die Möglichkeit, ja, nach der ganzen Eigenart des Celsus sogar die Wahrscheinlichkeit, daß er in diesem Falle im vollen Bewußtsein die „Kunst des Nichtsehens" geübt habe, um „von der exceptio mit ihrer schroffen Alternative unbelästigt die Lage ganz nach der ars boni et aequi (zu) regeln."[59])

Nachdem Ermann so das prozeßrechtliche Gegenargument aus dem Weg geräumt hat bezw. entkräftet hat, wendet er sich den rein sprachlichen und stilistischen Bedenken der Gegner zu.

Daß der Satz „Constituimus vero bis fiat potestas" nicht der Feder des Celsus enstammen könne, darin stimmt er mit Pernice, Eisele, Faber und Girard überein.

Dagegen weist er sehr einleuchtend darauf hin, daß dasselbe Argument, der Konstruktionswechsel (vgl. Pernices Ausführungen, angeführt auf S. 16 ds. Arb.), welches dem Pernice den Constituimus-Satz als unecht erscheinen läßt, gerade für die Echtheit der sich an ihn anschließenden Sätze spreche; denn: „viel straffer und klarer, also viel celsinischer" schließe sich das „neque malitiis indulgendum est . . ." dem Satze „finge pauperem" an.

Der Ausdruck „quantum prima parte reddi oportere diximus", der nach Pernice „ganz kompilatorisch" sein soll, brauche wegen der darin enthaltenen verdächtigen Worte „prima parte" noch nicht die ganze Stelle der Kompilation zu verdächtigen, denn vielleicht habe nicht Celsus die Worte „prima parte", sondern ein Späterer geschrieben, „um

[57]) Vgl. Erman, in Zeitschr. d. Savignyst., Bd. 25, S. 356.

[58]) Vgl. Appleton, a. a. O., p. 371 ff.

[59]) So Erman in Zeitschr. d. Savignyst., Bd. 25, S. 357. Außer der von Appleton vertretenen Erklärung, daß mangels eines dolus die Nichtanwendung der exceptio und damit das „eo deducto tu condemnandus es" gerechtfertigt sei, weist Erman noch auf die Möglichkeit hin, die Stelle ebenfalls völlig orthodox dadurch zu erklären, daß „Celsus hier überhaupt ohne die exceptio doli rechnete, wie es zweifellos mitunter andere Juristen tun". Vgl. Erman, Zeitschr. d. Savignyst., B. 25, Anm. 2 zu S. 357.

— gerade wie wir — die Pandektenexegese durch Numerierung zu erleichtern." — Aber auch so, wie sie uns überliefert ist, kann die Stelle von Celsus stammen, denn „dieses ist gut lateinisch und k a n n von Celsus selbst sein, der seine Leser unter so vielen Distinktionen etwas leiten zu müssen gemeint hätte." (So Erman.)

Sodann wird das Argument des Pernice widerlegt, daß wegen der übereinstimmenden Befehlstonart des „Constituimus" und des „indulgendum est" die beiden letzten Sätze der Stelle ebenfalls kompilatorisch seien. Erman weist auf den Beginn der Stelle und die dort in Aussicht gestellten Weisungen hin: „Bonus iudex varie . . . constituet." Hier haben wir die Weisung: „neque indulgendum est!" Ueber die Tatsache, daß Celsus sich der Gerundivwendung sehr gerne bediente, vergleiche Erman, Anm. 3 auf Seite 364 a. a. O.

Pernice glaubt weiter einen Anhaltspunkt für seine Ansicht in dem „finge eam personam" erblicken zu dürfen, indem er fragt: „Es ist wohl die Frage gestattet, wie man es einem ansehen kann, ob er sein Grundstück bald verkaufen wird; soll darüber Beweis erhoben werden?" Mit Recht weist Erman darauf hin, daß die gleiche Schwierigkeit bezüglich des Beweises bei dem ersten „finge" (— et dominum eadem facturum fuisse —) vorhanden sei, welchen Satz Pernice doch als echt gelten lassen wolle. Ferner wird mit gutem Grund auf die Parallelstelle Dig. VI 1, 29 und dessen „venalem habere" sowie auf G. III 141 hingewiesen. Ueberdies schalte aber, so sagt Erman mit Recht, das „finge" jede Beweisfrage aus, da man sich einen Grundstückspekulanten doch immerhin vorstellen könne.

Außer der Entkräftung der gegnerischen Beweisführung bringt Erman noch gewichtige positive Argumente vor, die für die Echtheit der letzten beiden Sätze der Stelle sprechen.

So rühmt er vor allen Dingen die gute Kasuistik, die sehr wohl zu Celsus, nicht aber zu Tribonian paßt.

„Der Bau der beiden keineswegs einfachen Sätze ist grammatisch tadellos, stilistisch sogar höchst elegant, was beides stark gegen Tribonian spricht. Dazu kommt, daß Kalb die Wendung: „nihil laturus nisi officias" als eine dem Celsus speziell eigentümliche nachgewiesen hat."

„Wir finden kein einziges Lieblingswort der Kompilatoren, dagegen die klassisch-technische Wendung tectorium inducere, und die gerade für Celsus, der seine Eigenart auch stilistisch betont, gut passenden eigentümlichen Ausdrücke und Wendungen: indulgere ohne Objekt, officere ohne Dativ, das bloße ferre für davontragen, endlich corradere, wo ein anderer abradere gesetzt hätte. All das sind keine Barbarismen, wie die mangelnde Latein-Kenntnis der Kompilatoren sie zutage förderte, sondern gewählte, fast gesuchte Wendungen, wie Celsus sie liebt." [60])

Zum Schluß sei noch auf einen von Erman geäußerten Gedanken eingegangen, wonach es doch für einen so berühmten Juristen wie Celsus merkwürdig sei, eine Stelle mit so auffallenden Worten: „bonus

[60]) Erman in Zeitschr. d. Savignyst., Bd. 25., S. 362.

iudex varie ex personis causisque constituet" zu beginnen, um dann nichts anderes als den einfachen Fall des „finge dominum eadem facturum fuisse" und den ebenso einfachen des „finge pauperem" zu bringen.

„Ganz anders, wenn Celsus neben diese beiden Fälle noch den durchaus eigenartigen des Spekulanten stellte. Wie dieser im Leben den schroffen Gegensatz bildet zu dem vorher genannten pauper, der die ererbte Scholle mit ihren Familienheiligtümern zäh und treu festhält, so fordert sein Fall auch juristisch eine ganz verschiedene Behandlung. Nach den Pandekten bewirkt Celsus dieselbe: dem pauper wird auf jeden Fall das Grundstück selbst wieder verschafft, der Spekulant dagegen, für den das Grundstück nichts darstellt als eine Geldsumme, wird auch mit dieser abgefunden."

Nach kritischer Würdigung dieser gründlichen Erörterung Ermans wird man sich seiner Ansicht anzuschließen haben. Die Dig. VI 1, 38 hätte also in ihrem echten Wortlaut folgende Fassung gehabt:

„In fundo alieno, quem imprudens emeras, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur: bonus iudex varie ex personis causisque constituet.

Finge et dominum eadem facturum fuisse: reddat impensam ut fundum recipiat, usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est, et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est.

Finge pauperem, qui si reddere id cogatur, laribus paternis, sepulchris avitis carendum habeat: sufficit tibi permitti tollere ex his rebus quae possis, dum ita ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum;

. . . . neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus, nisi ut officias.

Finge eam personam esse domini, quae receptum fundum mox venditura sit: nisi reddit quantum (— ? prima parte? —) reddi oportere diximus, eo deducto tu condemnandus es.

So allein erscheint diese Stelle als des großen Juristen Celsus würdig.

d) Ist Ermans Ansicht nicht zu eng?

Auf Seite 16 dieser Arbeit wiesen wir schon kurz darauf hin, daß sich Celsus doch sicherlich nicht dafür eingesetzt haben kann, daß der vindicierende Eigentümer das ius tollendi dadurch ausschalten können soll, daß er dem Besitzer den in manchen Fällen sehr geringen Wert, den die Verwendung nach der Trennung für ihn haben würde, anbietet.

Will nun Celsus in allen den Fällen, wo entweder der Eigentümer die Verwendungen von sich aus nicht gemacht hätte oder er zwar, wenn er es sich hätte leisten können, sie gemacht hätte, sie aber aus wirtschaftlichen Gründen nicht ersetzen könnte, dem Besitzer lediglich das Wegnahmerecht zugestehen? Sollen in diesen Fällen die großen wirtschaftlichen Werte, die Verwendungen häufig verkörpern (z. B. Hausbau), dadurch zerstört werden, daß der Besitzer von seinem ius tollendi Gebrauch macht? Soll nur in dem einen Ausnahmefalle, daß der vindicierende Eigentümer zufällig Grundstücksmakler ist — wie Erman das „mox venditura sit" übersetzt — die Zerstörung hoher Werte hintangehalten werden? All diese Fragen drängen sich uns auf.

Und so fragen wir uns: kann man nicht aus der Stelle des Celsus noch mehr herauslesen, was die tönenden Einleitungsworte noch besser als das Ergebnis Ermans rechtfertigen könnte?

Uebersetzen wir doch einmal den Satz: „finge eam personam esse domini, quae receptum fundum mox venditura sit" ganz schlicht und einfach, wortgetreu.

Kann Celsus in diesem Falle nur an den Grundstücksmakler, der das Grundstück lediglich zum Zwecke des Weiterverkaufes erworben hat, gedacht haben? Spricht er nicht ganz allgemein von dem Eigentümer, der die vindicierte Sache zu verkaufen gedenkt?

Welchen Sinn aber bekommt die Stelle, wenn wir sie im letzteren Sinne übersetzen?

Machen wir uns das doch einmal an dem klaren und instruktiven Beispiel klar, welches wir auf Seite 12 dieser Arbeit bereits anführten:

Von irgendeinem gutgläubigen Besitzer ist auf einem fremden landwirtschaftlichen Grundstück ein Palast erbaut worden.

„Finge et dominum eadem facturum fuisse" kommt nicht in Frage, wenn es sich bei dem Eigentümer um einen bescheidenen Kleinbauern handelt: also: ius tollendi.

Ist er dagegen ein Großgrundbesitzer, der sich schon lange ein prächtiges Wohnhaus gewünscht hat: gut: reddat impensam.

Handelt es sich aber um einen verarmten Großgrundbesitzer, der zwar denselben Wunsch hat, sich aber aus finanziellen Gründen dessen Erfüllung versagen muß: dann greift „finge pauperem" Platz, und damit er auf seiner Scholle sitzen bleiben kann, wird ihm lediglich die Verpflichtung auferlegt, die Wegnahme zu dulden. Nach Erman würde hier also ebenso wie im Falle des Kleinbauern das ius tollendi in Frage kommen. Es würden also sehr häufig hohe wirtschaftliche Werte vernichtet werden; denn — beispielsweise — das Abbruchmaterial eines Hauses stellt nach Abzug der Abbruchkosten nur noch einen geringen Teil des Wertes dar, den das ehemalige Haus verkörperte.

Daran ändert auch nichts die Tatsache, daß durch den Satz „neque malitiis indulgendum est" Schikanemaßnahmen hintangehalten werden; denn dieser Passus hat doch nur für sogenannte untrennbare Verwendungen irgendwelche Bedeutung.

Eine Zerstörung hoher Werte wird also in vielen Fällen eintreten, wenn nicht zwischen den Beteiligten eine gütliche Regelung vereinbart wird, wonach entweder der Grundbesitzer das betreffende Stück Land an den possessor abtritt, oder aber der possessor gegen eine entsprechende Vergütung auf sein ius tollendi verzichtet.

Wird es aber häufig zu einer solchen gütlichen Regelung kommen können, wenn jede Partei die andere in einer Zwickmühle zu haben glaubt und auch tatsächlich hat?

Neben wir an, das Haus sei 100 000 Mark wert. Das Abbruchmaterial abzüglich der Abbruchskosten dagegen nur noch 10 000 Mark . . . Nein, sagt der Eigentümer, mehr als 10 000 Mark werde ich dir nicht für den Verzicht auf das ius tollendi zahlen, denn — wenn es hart auf hart geht — mit Hilfe des dir zustehenden ius tollendi kannst du doch höchstens 10 000 Mark retten. — Danke! Kein Interesse mehr! bricht

der possessor die Verhandlungen ab, dann laß ich das Haus lieber abbrechen; da kommen für mich auch 10 000 Mark dabei heraus und dann bekommst du unverschämter Kerl Gott sei Dank überhaupt nichts.

Und wie wird es sein, wenn der possessor das Grundstück kaufen will? Aehnlich! Dann rechnet ihm der Eigentümer vor: 100 000 Mark ist das Haus wert. 90 000 Mark wirst du verlieren, wenn du es abbrechen läßt, also kannst du schon annähernd 90 000 Mark für das Grundstück zahlen. — Und die Antwort des possessors wird genau dieselbe sein wie oben.

Sicherlich werden nicht alle Fälle so kraß liegen, aber die Trümpfe, die von jeder Seite ausgespielt werden können, sind immer die gleichen. Es hängt lediglich von der Einsicht der Beteiligten ab, ob eine gütliche Regelung erzielt werden kann. Aber selbst die gütlichen Regelungen werden in den seltensten Fällen den wirtschaftlichen Verhältnissen gerecht werden.

Versetzen wir uns aber einmal in die Gedankengänge des vindicierenden Kleinbauern. Wird der etwa denken: So, morgen wird mir mein Grundstück mit dem großen neuen Haus zugesprochen, da werden wir gleich übermorgen hineinziehen? Nein! Er wird gar nicht daran denken, denn er weiß genau, daß er es sich nicht leisten kann, auf so großem Fuße zu leben. — Er wird vielmehr einen ganz anderen Plan haben, wenn er hört, welche Trümpfe ihm die Rechtsordnung in die Hand gespielt hat. Er wird das Grundstück zunächst einmal vindicieren. Dann wird er versuchen, unter möglichst geringen Opfern vom possessor den Verzicht auf sein ius tollendi zu erreichen. Und warum wird er so vorgehen? Nun, weil er sich bereits ausgerechnet hat, daß er wahrscheinlich im freien Verkauf später für das Grundstück ein Vielfaches als Kaufpreis bekommen wird von dem, was ihm der Verzicht auf das ius tollendi, also die Erhaltung des Hauses gekostet hat. An dem Palast selbst liegt ihm gar nichts. Der ist für ihn persönlich als solcher angesichts seiner Verhältnisse wertlos. Er will ihn nur haben, weil er weiß, daß er den darin verkörperten absoluten Wert durch einen Verkauf realisieren kann. Was er mit diesem Gewinn beabsichtigt, ob Anschaffung eines größeren Landgutes oder Umstellung auf ein zufriedenes Rentnerleben, ist gleichgültig.

Wichtig und daher festzuhalten ist nur das eine: er will es später verkaufen! Und Celsus? „. . . finge eam personam esse domini, qua receptum fundum mox venditura sit"; will er mit diesem Satze nicht auch den kleinen g e w i n n s ü c h t i g e n Bauern miterfassen?

Und ebenso auch den verarmten Großgrundbesitzer, der gleichfalls nicht willens ist, das Haus zu beziehen. Vielleicht hat er schon ein gutes Wohnhaus. Auch er denkt vielleicht nur daran, wie er später das Haus und einen kleinen Teil umliegenden Landes günstig verkaufen kann, um mit dem Gewinn Sklaven, Vieh und Geräte zwecks Verbesserung seiner Wirtschaft anzuschaffen.

Sobald ein Eigentümer aber so denkt, ist er eine persona, quae fundum receptum mox venditura sit. Und warum sollte man Bedenken haben, ihn ebenso wie den Grundstücksspekulanten zu behandeln? Denn

von dem Augenblick an, wo für ihn sein Eigentum nur eine willkommene Gelegenheit ist, unter späterer Preisgabe desselben seine Vermögenslage zu verbessern, erblickt er doch genau so wie der Makler in dem Grundstück nur ein Handelsobjekt.

Celsus ist also der Ansicht, daß, wenn ein gutgläubiger Käufer auf dem fremden Grundstück Einrichtungen getroffen hat, die der Eigentümer entweder nicht gemacht hätte, oder aber, falls er sie gemacht hätte, nicht ohne Preisgabe des Eigentums bezahlen könnte, grundsätzlich das Grundstück dem gutgläubigen possessor verbleiben soll, wenn der Eigentümer eine persona mox venditura ist und nicht — vielleicht mit Hilfe von Darlehen — reddit, quantum prima parte reddi oportere diximus. Tut er das aber nicht, so soll, damit nicht unnötig wirtschaftliche Werte zerstört werden, das Grundstück dem possessor verbleiben, und letzterer lediglich eine billige Entschädigung an den bisherigen Eigentümer zahlen.

Einzig und allein dann erscheint dem Celsus die Vernichtung der getroffenen Einrichtung durch Ausübung des ius tollendi annehmbar, wenn sonst der Eigentümer von der ererbten Scholle und all ihren Familienheiligtümern vertrieben würde. Finge pauperem, qui si reddere id cogatur, laribus paternis sepulchris avitis carendum habeat, sufficit tibi . . .

Das könnte der Fall des verarmten Großgrundbesitzers sein. Nehmen wir an, ihm habe ein seinem Stande entsprechendes Wohnhaus gefehlt und das neuerbaute Haus entspreche in all seinen Teilen diesen Anforderungen. Selbst bauen hätte er es aber nie können, da es ihm an Bargeld fehlt und er sich aus Familientradition niemals entschließen würde, zu diesem Zwecke größere Ländereien zu verkaufen, um sich so das nötige Baugeld zu verschaffen.

An diesem Falle wird klar, daß wahrlich ein bonus iudex varie ex personis causisque zu entscheiden hat. Denn: Hier läßt sich nicht einfach nach dem Buchstaben des Gesetzes ohne nähere Kenntnis der persönlichen und sachlichen Verhältnisse ein gerechtes Urteil sprechen.

Ist z. B. durch die Einrichtung (den Palast) nur ein kleines Stück Land des Gesamtgutes betroffen worden, so wird der Eigentümer wohl kaum, wenn ihm dieses Stückchen Land genommen wird, laribus paternis, sepulchris avitis carendum habeat. Wenn er sich dennoch darauf versteift, seinen Grund zurückzuerhalten, so wahrscheinlich doch nur aus dem Grunde, um dieses Stückchen Land mit dem wertvollen Palast, den er durch eine verhältnismäßig geringe Abstandssumme für das ius tollendi für sich zu erhalten hofft, später gewinnbringend zu verkaufen (persona mox venditura).

Anders, wenn z. B. alles Land durch die Einrichtung betroffen ist. Nehmen wir den Fall an, der Käufer eines landwirtschaftlichen Betriebes habe alles Land aufforsten lassen. Der Eigentümer, aus langjährigem Kriege zurückgekommen, will auf keinen Fall sein väterliches Erbe aufgeben. Er will aber auch den altherkömmlichen Brauch, das Land zu beackern, nicht preisgeben; ja, er versteht von Forstwirtschaft überhaupt nichts.

Er denkt nicht im geringsten daran, sein Land, das durch die kostspieligen Kulturen bedeutend wertvoller geworden ist, vielleicht später zu verkaufen. Er denkt gar nicht daran, das ius tollendi des possessor irgendwie abzulösen.

Nein! Er denkt, jetzt will ich nach Kriegsende wieder auf meinem Erbe meiner friedlichen Beschäftigung nachgehen, will Bauer sein! Der possessor mag seine Pflanzen so bald wie möglich abholen; tut er es nicht, so werde ich sie einfach unterpflügen.

Hier haben wir den Fall: Der Eigentümer ist nicht eine persona mox venditura; hier erscheint es dem Celsus billig, die Rücksichtnahme auf gute und berechtigte Gefühle dem allgemeinen Interesse der Erhaltung wirtschaftlicher Werte voranzustellen. Und das mit Recht!

Celsus weiß, daß, wie wir gesehen haben, die Einzelfälle zu verschieden sein können, als daß sie alle über einen Kamm geschoren werden dürften.

Daher gibt er durch den Satz: „finge eam personam . . . quae mox venditura sit" dem Richter die Möglichkeit an die Hand, zu verhüten, daß wirtschaftliche Werte unnötig zerstört werden. Allerdings weiß er sehr wohl, daß mit dieser Bestimmung leicht Unheil angerichtet werden kann, wenn sie von einem unfähigen Richter gehandhabt wird, der sich nicht die Mühe macht, die persönlichen und sachlichen Verhältnisse des Einzelfalles genau zu prüfen: daher: „bonus iudex varie ex personis causisque constituet."

Nachdem wir gesehen haben, wie Celsus die — volkswirtschaftlich gesehen — schädlichen Auswüchse des ius tollendi durch seine Einschränkung „finge eam personam" hintanhalten wollte, eine Bestimmung zwar, deren richtige Anwendung beim Richter große Lebenskenntnis und gesundes und feines Empfinden für die ars boni et aequi voraussetzte, kann man es nur bedauern, daß seine in Dig. VI 1, 38 enthaltenen Regeln durch den später eingefügten Satz Constituimus vero... verwässert worden sind.

Diese später eingefügte Bestimmung, die in jedem Falle dem Eigentümer schlechthin die Möglichkeit gewährte, ein dem possessor evtl. zustehendes ius tollendi durch ein Angebot desjenigen Wertes auszuschließen, den die Verwendung nach Trennung vom fremden Boden noch haben würde, macht es verständlich, daß man die Ausnahme „finge eam personam..." nur beim Grundstücksmakler für anwendbar hielt.[61])

e) Voraussetzungen des ius tollendi zur Zeit Iustinians.

Im folgenden sei kurz die Handhabung des ius tollendi geschildert, wie sie in der Zeit Justinians und später im römischen Recht üblich war.

[61]) Vgl. zu diesem Fragenkomplex auch Beseler, Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen, Band II S. 135 und Band IV S. 124 sowie die dort Zitierten.

In welchen Fällen jeweils ein ius tollendi gegeben war, das ist bereits oben unter I, B, 2. S. 6 ff. gesagt.

Grundbedingung für das Vorhandensein eines ius tollendi war immer, daß die Verwendungen trennbar waren. So Dig. XXV 1, 9: „ceterum si non recipiant separationem, relinquendae sunt".

Sodann kannte man noch vier verschiedene Gründe, von denen jeder allein stark genug war, ein dem possessor an sich zustehendes Recht auszuschalten. Diese waren:

aa) Die Trennung der Verwendung läßt sich nicht ohne Beschädigung der Hauptsache durchführen.

bb) Der wegnahmeberechtigte possessor weigerte sich, die Trennung auf s e i n e Kosten vornehmen zu lassen.

cc) Der possessor konnte durch die Wegnahme niemals für sich einen wirtschaftlichen Vorteil beabsichtigen, er gedachte also nur aus Schikane fortzunehmen.

dd) Der Eigentümer war bereit, dem possesor soviel zu zahlen, wie die Einrichtung nach Wegnahme noch für denselben wert war.

Zu aa: Als Belege seien folgende Quellenstellen angeführt:

1. **Dig. VI 1, 38:** „. . . sufficit tibi permitti tollere ex his rebus, quae possis, dum ita, ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum."
2. **Dig. VI 1, 37:** „sed hoc ei concedendum est, ut sine dispendio domini areae tollat aedificium, quod posuit."
3. **Cod. III 32, 5:** „sin autem utiles (sumptus), licentia eis permittitur sine laesione prioris status eos aufferre."
4. **Dig. XXVI 7, 32, 5:** „item respondit, sumptibus voluptatis causa ab emptore factis adulescentem onerandum non esse: qui tamen ab eodem aedificio ita auferri possunt, ut in facie pristina, id est, quae fuit ante venditionen, aedificium esse possit, emptori auferre permitti oportere."
5. **Dig. V 3, 39:** „. . . ut tamen potestas ei fieret tollendorum eorum, quae sine detrimento ipsius rei tolli possint."
6. **Dig. XV 3, 3, 4:** „pati debet dominus creditorem haec auferre, sine domus videlicet iniuria."
7. **Cod. V 13, 5:** „Quod si voluptariae sunt, deductio operis, quod fecit, sine laesione tamen prioris speciei, marito relinquatur."
8. **Dig. XVII 1, 10, 10:** „idem ait, si quid procurator citra mandatum in voluptatem fecit, permittendum ei auferre, quod sine damno domini fiat."
9. **Dig. I (XXX) 43, 1:** „Marcellus etiam scribit, si maritus diaetam in uxoris hortis, quos in dotem acceperat, fecerit, posse eum haec detrahere, quae usui eius futura sint, sine mulieris tamen damno."

Zwar heißt es in diesen Stellen fast immer, daß durch die Trennung die Sache selbst nicht beschädigt, also der frühere Zustand nicht verletzt werden dürfe. Dies wird jedoch nicht immer wörtlich zu nehmen sein, da manche Verwendung sich gar nicht ohne Verletzung der Sache selbst trennen lassen wird, so z. B., wenn die Verwendung in einem Hausbau besteht.

In diesen Fällen wird wohl nur verlangt worden sein, daß die Sache nach Fortnahme der Verwendung vom possesor wieder in ihren

ursprünglichen Zustand zurückversetzt werden müsse. So auch Dig. XIX 2, 19, 4: „ut ei tollere liceat, sic tamen, ut damni infecti caveat, ne in aliquo dum aufert, deteriorem causam aedium faciat, sed ut pristinam faciem aedibus reddat."

Zu bb: Daß die Wegnahme der Verwendungen auf Kosten des possessor zu geschehen habe, ist zwar nicht in den Quellen ausdrücklich gesagt, folgt aber zwingend schon daraus, daß er nicht etwa einen Anspruch auf Aushändigung der Verwendungen, sondern lediglich die Befugnis hat, dieselben wegzunehmen.

Zu cc: Liegt der Fall so, daß mit der Wegnahme der Verwendungen für den possessor kein wirtschaftlicher Nutzen verbunden ist, daß er also nur aus Schikane wegnimmt, so ist das ius tollendi ebenfalls ausgeschaltet. So Celsus in Dig. VI 1, 38: „neque malitiis indulgendum est...."[62])

Zu dd: Schließlich konnte ein an sich dem possesor zustehendes ius tollendi jederzeit vom Eigentümer dadurch ausgeschaltet werden, daß er demselben denjenigen Wert anbot, den die wegzunehmende Einrichtung nach der Trennung für den possessor noch haben würde. (Dig. VI 1, 38: Constituimus....). Obwohl diese Bestimmung wegen der durch sie ermöglichten — in vielen Fällen unnötigen — Zerstörung hoher Werte vom volkswirtschaftlichen Standpunkt aus gesehen sicherlich nicht beifallswert ist, so hat sie sich dennoch sowohl im gemeinen wie auch im bürgerlichen Recht — leider, wie noch zu zeigen sein wird — erhalten.

II. Bürgerliches Recht.

A. Entwicklungsgeschichte.

1. Entwurf I.

Wie aus dem Entwurf I, §§ 936 bis 938, hervorgeht, bestand zunächst der Plan, die römische Impensenlehre nicht ins BGB. aufzunehmen. Man wollte dieses Rechtsgebiet vielmehr unter Berufung auf das neu geschaffene französische Recht unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung behandeln.[63]) Daraus folgt notwendiger-

[62]) Dieses Schikaneverbot ist — nebenbei bemerkt — nicht etwa nur bei den das ius tollendi behandelnden Quellenstellen zu finden, sondern kommt im röm. R. auch auf verschiedenen anderen Rechtsgebieten zum Ausdruck. So in Dig. XXXIX 3, 12; Dig. XXXIX 3, 2, 9; vgl. ferner die bei Weseler, a. a. O., S. 33 angeführten weiteren Stellen. — Man kann daher wohl sagen, daß es ein allgemeiner Grundsatz des römischen Rechts war. So auch: Gesterding, a. a. O., § 3 S. 18; Vangerow, a. a. O., Bd. I, § 297 Anm. 1 u. 2 S. 624. Anderer Ansicht allerdings Schweppe, a. a. O., I § 146; Fritz, a. a. O., S. 49 ff. und Schmid, a. a. O., § 3 S. 27 Note 35.

[63]) Vgl. Motive S. 412: In der französischen Rechtswissenschaft wird die Verwendung aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung betrachtet. Zwischen dem redlichen und unredlichen Besitzer wird nicht unterschieden . . . Der Entwurf folgt dem Prinzip des französichen Rechts. Die Verwendungen auf eine fremde Sache, welche den Wert derselben erhöht oder eine Wertminderung abwendet, führt zu einer Be-

weise, daß man dem bösgläubigen Besitzer dieselben Impensen-Ansprüche zubilligen mußte wie dem gutgläubigen. Da man ferner im Entwurf davon abgesehen hatte, einen Unterschied zwischen den einzelnen Verwendungsarten zu machen (etwa entsprechende dem röm. Recht), so entstand die vollkommen unzulängliche Regelung des § 936 Entw. I:

> „Der Besitzer oder der Inhaber kann wegen der Verwendungen, welche er auf die Sache gemacht hat, von dem Eigentümer insoweit Ersatz fordern, als der letztere infolge der Wiedererlangung der Sache durch die Verwendung aus dem Vermögen des ersteren bereichert wird.
>
> Auf den zu ersetzenden Betrag . . . (Abs. 2 in diesem Zusammenhang unwichtig).
>
> Besteht die Verwendung darin, daß mit der herauszugebenden Sache eine andere als wesentlicher Bestandteil verbunden ist und erhält der Besitzer oder der Inhaber von dem Eigentümer nicht mindestens den Wert ersetzt, welchen die andere Sache nach der Trennung haben würde, so ist er berechtigt, diese andere Sache wegzunehmen; er hat jedoch die herauszugebende Sache auf seine Kosten wieder in den vorigen Stand zu setzen."

Diese Bestimmung rief viele Gegner auf den Plan, so Cosack,[64]) Gierke,[65]) Bolze,[66]) Krech [67]) und andere.[68])

Besonders Cosack war es, der die Ungerechtigkeit einer solchen Regelung an Hand seiner drastischen Beispiele nachweist.

So führt er den Fall an, daß jemand sich durch eine Testamentsfälschung ein Grundstück erschwindelt und auf ihm kostbare Bauten errichtet hat. Folge: „Hat der Eigentümer das nötige Geld nicht bereit, so mag er dem Verbrecher zuliebe Schulden machen oder das ihm rechtmäßig gehörige Grundstück verkaufen."

Ferner bringt er das anschauliche Beispiel eines Kartoffeldiebes: „Ein Dieb sucht mit gedungenen Kräften ein fremdes Kartoffelfeld ab; nach beendeter Lese wird er abgefaßt und — verlangt Erstattung des Arbeitslohnes, da der Eigentümer die Kartoffeln sonst durch Tagelöhner hätte ausnehmen lassen müssen und deren Löhnung durch die Arbeit der Diebe erspart sei; bis zur Bezahlung behält er die Kartoffeln oder womöglich das Kartoffelfeld zurück. Und der Eigentümer

---

reicherung des Eigentümers. Die Voraussetzungen der Vorschrift über eine condictio sine causa (§ 748 Abs. 1), daß die Veränderung im Vermögen ohne Willen des Verlierenden geschehen sein muß, ist als erfüllt anzusehen, mag nun die Verwendung von einem redlichen oder einem unredlichen Besitzer bewirkt worden sein, da dem Vermögen des gewinnenden Teiles keineswegs etwas zugewandt werden soll . . . Da das gemeine Recht die Bestimmung der Erstattungspflicht des Eigentümers als eine ausnahmsweise Begünstigung ansieht, so kann dasselbe diese Begünstigung dem unredlichen und dem deliktsmäßigen Besitzer gegenüber versagen oder beschränken. Von dem Standpunkt des Entwurfes aus würde eine solche Versagung oder Beschränkung für den Besitzer eine Privatstrafe enthalten. Gegen dieselbe sprechen mithin alle Gründe, welche überhaupt die Bestimmung von Privatstrafen widerraten.

[64]) Cosack, a. a. O., S. 44/45.
[65]) Gierke, a. a. O., S. 349 Anm. 1.
[66]) Bolze, a. a. O., S. 124/125.
[67]) Krech, a. a. O., S. 81/82.
[68]) Rieß, a. a. O., S. 681/682.

muß sich tatsächlich fügen! Die Motive trösten ihn freilich damit, daß dieses alles aus den allgemeinen Regeln von der condictio sine causa folge; er sei eben tatsächlich durch die Verwendungen des Besitzers wider dessen Willen bereichert und müsse den Wert der Bereicherung erstatten."

Cosack will — entsprechend dem römischen Recht — einen Ersatzanspruch des bösgläubigen und deliktsmäßigen Besitzers nur dann zulassen, wenn es sich um notwendige Verwendungen handelt, „denn indem der Eigentümer die Herausgabe der Sache verlangt, billigt er zugleich diese Aufwendungen, da ja ohne sie die Herausgabe der Sache unmöglich wäre."

Gegen die Ansicht, daß dem bösgläubigen und deliktsmäßigen Besitzer auch wegen anderer als notwendiger Verwendungen aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung ein Ersatzanspruch zuzubilligen sei, wendet er sich mit dem Argument, daß ein solcher Besitzer ja gewußt habe, „daß seine Verwendungen eine fremde Sache betreffen und mittelbar deren Eigentümer bereichern; ganz ohne seinen Willen ist die Bereicherung also nicht geschehen. Und ferner — hat der Besitzer die Bereicherung nicht gewollt, so will sie der Eigentümer vielleicht noch weniger. Allerdings nimmt er seine Sache samt der ihr durch den Besitzer verschafften Werterhöhung zurück; aber nicht, weil er die Werterhöhung genehmigen will, sondern weil ihm — will er nicht auf sein rechtmäßiges Eigentum verzichten, nichts anderes übrig bleibt. Somit liegt klar auf der Hand, daß die einzige Verpflichtung, welche den Eigentümer treffen kann, dahin geht, die Fortnahme der vom Besitzer gemachten Verbesserungen zu gestatten, soweit dadurch der Sache selbst kein Schaden widerfährt. Der Besitzer mag also das neu erbaute Haus wieder abreißen, der Dieb mag die Kartoffeln wieder in die Erde einscharren."

Das dem römischen und gemeinen Recht bekannte ius tollendi hat im Abs. 3 des § 936 Entw. I seinen Niederschlag gefunden, allerdings lediglich mit der Beschränkung, daß der Eigentümer das Wegnahmerecht des Besitzers durch ein entsprechendes Geldangebot auszuschalten berechtigt ist, und daß der Besitzer bei Ausübung des ius tollendi verpflichtet ist, die Sache selbst auf seine Kosten wieder in den vorigen Stand zu versetzen. Dagegen ist das dem römischen Recht bekannte Schikaneverbot nicht ausdrücklich in den § 936 des Entw. I aufgenommen worden. Näheres hierüber jedoch erst weiter unten.

2. Entwurf II.

Der Sturm der Entrüstung, den die im § 936 Entw. I vorgeschlagene Gleichstellung des redlichen und unredlichen Besitzers hervorgerufen hatte, ist erfolgreich gewesen: Entwurf II gewährt in seinen §§ 908 bis 915 dem gutgläubigen und dem schlechtgläubigen Besitzer unterschiedliche Verwendungsansprüche. Die in ihm zum Ausdruck gekommene Regelung dieses Rechtsgebietes sieht folgendermaßen aus:

Ersatzansprüche stehen zu:

a) wegen notwendiger Verwendungen:

aa) dem gutgläubigen Besitzer und

bb) dem schlechtgläubigen Besitzer, in voller Höhe des Wertes, abzüglich der gewöhnlichen Erhaltungskosten für die Zeit, für welche ihm die Nutzungen verbleiben (§ 908 Abs. I).

b) wegen anderer Verwendungen:

aa) Dem gutgläubigen Besitzer: jedoch nur für die vor der Rechtshängigkeit gemachten anderen Verwendungen und nur insoweit noch durch sie bei Herausgabe der Sache eine Werterhöhung vorhanden ist (§ 908 Abs. II).

bb) dem bösgläubigen Besitzer: keine (§ 908 Abs. II in Verb. mit § 904 Entw. II).

Daneben wird dem gutgläubigen und dem schlechtgläubigen Besitzer unterschiedslos wegen aller Verwendungen wahlweise das Wegnahmerecht gewährt. Näheres darüber weiter unten.

Als wesentlicher Fortschritt des Entwurfes II gegenüber dem Entwurf I ist festzuhalten, daß einmal zwischen notwendigen und nützlichen[69]) Verwendungen unterschieden wird und daß zum anderen das Erfordernis der Bereicherung für die notwendigen Verwendungen nicht mehr verlangt wird.

Wir sehen also, daß sich der Entwurf II wieder stark an die im gemeinen Recht herrschende römische Impensenlehre anlehnt.

B) Bürgerliches Gesetzbuch.

Grundsätzlich sind die Bestimmungen des Entwurfes II unverändert in die Reichstagsvorlage und in das BGB. übernommen worden. Allerdings ist insofern noch eine Abänderung vorgenommen worden, als der Ersatzanspruch des bösgläubigen Besitzers wegen der notwendigen Verwendungen eine Einschränkung erfahren hat. Diese ist in dem § 978 Abs. *2* der Reichstagsvorlage und dem gleichlautenden § 994 Abs. *2* BGB. enthalten und lautet:

> „Macht der Besitzer nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit oder nach dem Beginn der im § 974 (BGB. § 990) bestimmten Haftung (mala fides) notwendige Verwendungen, so bestimmt sich die Ersatzpflicht nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag."

Man kann diese Einschränkung nur begrüßen, denn es ist nicht einzusehen, warum man für notwendige Verwendungen nur aus dem Gesichtspunkt der Notwendigkeit derselben dem Eigentümer generell eine Ersatzpflicht auferlegen soll: es kann doch sehr leicht der Fall sein, daß dem Eigentümer an der Existenz der gefährdeten Sache

[69]) Dieser Ausdruck wird zwar nicht gebraucht, vielmehr der terminus technicus „andere als notwendige", der ja aber die nützlichen mitumfaßt.

überhaupt nichts gelegen ist. Die Anwendung der Bestimmungen über die negotiorum gestio ermöglicht es aber, in solchen Fällen zu einem billigen Ergebnis zu kommen; denn wenn die notwendigen Verwendungen dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Eigentümers nicht entsprechen oder wenn er sie nicht genehmigt hat, oder wenn ohne diese Verwendungen weder eine Pflicht des Eigentümers, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, noch eine gesetzliche Unterhaltungspflicht desselben verletzt worden sein würde,[70]) so ist der Eigentümer nur zum Ersatze desjenigen verpflichtet, was er durch die Verwendung erlangt hat, und zwar nach den Vorschriften der Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung.[71])

Daß diese Einschränkung der Ersatzpflicht nicht nur dem bei Vornahme der Verwendungen bösgläubigen Besitzer, sondern auch dem an und für sich noch vielleicht gutgläubigen Besitzer gegenüber nach eingetretener Rechtshängigkeit ebenso Platz greifen soll, dagegen sind zwar manche Argumente ins Feld geführt worden: So hat man darauf hingewiesen, daß jemand, der eine Sache in völlig gutem Glauben besitze, dieselbe vom Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Vindicationsanspruches noch in keiner Weise nunmehr als fremde besitze. Werde der Besitzer — und dies werde häufig der Fall sein — obwohl gegen ihn die Vindication erhoben worden sei, in dem Vertrauen auf die Redlichkeit seines Besitzes nicht erschüttert, so werde er nach wie vor die Sache als eigene besitzen. Es liege kein Grund vor, ihn als einen Besorger fremder Angelegenheiten zu betrachten.[72])

Demgegenüber ist aber darauf hinzuweisen, daß einem Besitzer mit der Erhebung des Vindicationsanspruches immerhin eine Warnung bezüglich der Rechtmäßigkeit seines Besitzes gegeben wird. Ist er seiner Sache nicht ganz sicher, so möge er sich doch an geeigneter Stelle Rat holen; er kann sich auf diese Weise leicht vor unliebsamen Ueberraschungen bewahren.

Nachdem wir im Vorhergehenden die grundsätzlichen Bestimmungen des BGB. über die Impensen-Ansprüche sowie deren Entstehungsgeschichte kennen gelernt haben, sei noch kurz auf einige weniger wichtige Punkte eingegangen, bevor das Wegnahmerecht des BGB. eingehender behandelt wird.

1. Begriff der Verwendungen.

Weder in einem der beiden Entwürfe, noch im BGB. selbst befindet sich eine Definition. Die Erklärung dieser Tatsache finden wir in den Motiven: „Der Begriff der Verwendungen ist der bisherigen Theorie und Praxis völlig geläufig, und es ist nicht zu besorgen, daß der Mangel an Legaldefinition zu irrigen Auffassungen derjenigen Vorschriften führen werde, welche mit diesem Begriffe operieren ....." [73]) „Unter

[70]) Vgl. BGB. § 677—687.
[71]) Vgl. BGB. § 684.
[72]) Vgl. Prot. Bd. VI, 420 unter XV, S. 237/238.
[73]) Vgl. Mot. III S. 30/31.

Verwendungen sind solche Geschäfte zu verstehen, deren wirtschaftlicher Erfolg dem dinglich Berechtigten in irgendeiner Weise zugute kommt." [74]) — „Die Verbindung eigener Sachen mit der fremden Sache wird als Verwendung dann nicht zu gelten haben, wenn die verbundenen Sachen wesentliche Bestandteile [75]) der Hauptsache nicht geworden, und ebensowenig, wenn sie nur zum Zubehör der fremden Sache gemacht sind, weil das Recht des Verwendenden an solchen Sachen beharrt und das Vermögen des Eigentümers nicht vermehrt wird." [76])

Nach dem Angeführten dürften sich wohl weitere Ausführungen über den Verwendungsbegriff im allgemeinen erübrigen.

Was dagegen alles zu den notwendigen Verwendungen zu rechnen ist, darüber sind im Gesetze klare Bestimmungen enthalten.

Aus § 994 Abs. 1, Satz 2 BGB. ergibt sich, daß die gewöhnlichen Erhaltungskosten notwendige Verwendungen darstellen; allerdings steht dem Besitzer ihretwegen für diejenige Zeit kein Ersatzanspruch zu, für welche ihm die Nutzungen verbleiben.

Mit der gleichen Einschränkung gehören diejenigen Aufwendungen zu den notwendigen Verwendungen, die der Besitzer zur Bestreitung von Lasten der Sache macht. Außerordentliche Lasten, die als auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen sind, sind aber immer ohne jede Einschränkung als notwendige Verwendungen zu behandeln.

Darüber hinaus wollen einige [79]) auch noch den vom Besitzer beim Erwerb der fremden Sache gezahlten Kaufpreis unter Umständen als notwendige Verwendungen ansprechen. Diese Ansicht wird aber mit Recht als zu weitgehend abgelehnt.

2. Abzug der gezogenen Früchte von der Erstattungssumme.

Im römischen Recht bestand der Grundsatz, daß der Besitzer, der aus einer fremden Sache Nutzen zieht, die zur Fruchtgewinnung und Instandhaltung notwendigen Ausgaben zu tragen hatte.[80]) Bei der

---

[74]) Vgl. Mot. III S. 411; ähnlich definieren auch Dernburg, a. a. O., Bd. III § 121 unter II S. 350 u. 351 und Endemann, Bd. II, 1 § 93, S. 365 Anm. 7.

[75]) Vgl. die gleichbedeutenden Definitionen in Entw. I § 782 und Entw. II § 77 d; RV. § 98; BGB. § 93.

[76]) Mot. III S. 411.

[77]) z. B. Hyotheken- und Grundschuldzinsen, Leistungen einer Rentenschuld usw.

[78]) z. B. Zurückzahlung einer Hypothekenschuld, Reallastablösungen, einmalige Straßenpflasterungs- und Kanalisationsbeiträge usw.

[79]) So u. a. Matthiaß, a. a. O., Bd. II § 31, S. 74; Biermann, a. a. O., S. 117.

[80]) Cod. VI, 51, 4: „neque enim ferendus est is, qui lucrum quidem amplectitur, onus autem ei adnexum contemnit". Ferner Dig. XXV, 1, 15: „tueri res dotales vir suo sumptu debet"; ferner Dig. XXIV 1, 28, 1: „si quid in pueros ex ancillis dotalibus natos maritus impenderit, aut in doctrinam aut in alimenta, non servatur marito, quia ipse ministeriis eorum utitur".

Restitution einer Sache cum omni causa, bei der der Kläger auch die Herausgabe der Früchte verlangte, war folglich umgekehrt der Besitzer berechtigt, die Fruchtgewinnungskosten abzuziehen.

Auch der Entw. I enthielt in seinem § 936 Abs. *2* eine entsprechende Bestimmung:

> „Auf den zu ersetzenden Betrag kommt der Reinertrag der gezogenen Nutzungen in Abzug, soweit zu deren Herausgabe in Gemäßheit des § 930 eine Verpflichtung nicht besteht."

Obwohl die neueren Gesetze, nämlich das preußische, französische und österreichische, eine derartige Kompensation entgegen dem gemeinen Recht nicht mehr zuließen, glaubte man dennoch aus „Gründen der Billigkeit und Zweckmäßigkeit" in dieser Beziehung dem römischen Recht folgen zu sollen: „Die Kondictionsfreiheit des Besitzers in Ansehung der Nutzungen wird durch eine auf Billigkeit beruhende Ausnahmevorschrift bestimmt. Diese Billigkeit würde aber in dem besonderen Falle zur Unbilligkeit werden, wenn der Besitzer seinerseits die infolge seiner Verwendungen dem Eigentümer zugegangene Vermögensvermehrung kondiciert. Daneben dient die Ausgleichung zur Abschneidung schwieriger und verwickelter Rechtsstreitigkeiten." — So die Motive.[81])

Diese Zulassung der Kompensation wurde mit demselben Argument, mit dem in den Motiven f ü r sie gesprochen wurde, nämlich mit dem der Billigkeit, erfolgreich von Bähr,[82]) Cosack,[83]) Bolze,[84]) Gierke[85]) und Rieß[86]) bekämpft. Es wurde z. B. angeführt, daß es unbillig sei, wenn der Besitzer kurz vor der Herausgabe einen Bau auf dem Grundstück errichtet habe und sich nun auf die Baukosten die Nutzungen der letzten zwanzig Jahre, während welcher er das Grundstück im Besitz gehabt habe, anrechnen lassen solle.

Die genannte Kompensationsbestimmung des Entw. I § 936 Abs. *2* erschien also weder im Entw. II, noch in der Reichstagsvorlage, noch im BGB. selbst.

Im Entw. II § 911 (gleichlautend mit § 982 RV. und § 998 BGB.) wurde noch eine Ausnahmevorschrift hinsichtlich des Ersatzes landwirtschaftlicher Bestellungskosten aufgestellt. Hiernach ist der Eigentümer verpflichtet, die Kosten, welche der Besitzer auf die noch nicht getrennten, jedoch nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vor dem Ende des Wirtschaftsjahres zu trennenden Früchte verwendet hat, insoweit zu ersetzen, als sie einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen und den Wert dieser Früchte nicht übersteigen.

In Anbetracht der Tatsache, daß bei landwirtschaftlichen Betrieben die Zeitspanne zwischen Kostenaufwand zwecks Fruchtgewinnung (Saat) und Fruchtziehung (Ernte) sehr groß ist, muß man der in den

---

[81]) Mot. III, S. 413/414; und als einziger Schriftst. Krech, S. 83.
[82]) Bähr, a. a. O., S. 515/516.
[83]) Cosack, a. a. O., S. 46/47.
[84]) Bolze, a. a. O., S. 125.
[85]) Gierke, a. a. O., S. 349, Anm. 1.
[86]) Rieß, a. a. O., S. 684.

Protokollen[87]) zum Ausdruck gekommenen Ansicht beipflichten, daß mangels einer diesbezüglichen Sonderbestimmung das Gesetz als lückenhaft empfunden werden müsse.

3. Verwendungen des Vorbesitzers und Wechsel in der Person des Eigentümers.

Im römischen Recht hatte der jeweilige Besitzer wegen eventueller Verwendungen seines Vorbesitzers dieselben Ansprüche wie wegen eigener Verwendungen.[88])

War in der Person des Eigentümers einer Sache, auf die Verwendungen gemacht worden waren, ein Wechsel eingetreten, so war der neue Eigentümer ersatzpflichtig. Dies ist zwar in den Quellen an keiner Stelle ausdrücklich vermerkt, dürfte aber dennoch der römischen Praxis entsprochen haben; denn da dem Besitzer lediglich ein Retentionsrecht zustand, so würde ihm andernfalls jedes Mittel, Ersatz zu verlangen, versagt gewesen sein, wenn er in einem solchen Falle die Sache hätte herausgeben müssen.[89])

Diesen beiden römisch- und gemeinrechtlichen Regeln entspricht der § 999 BGB. in seinem ersten und zweiten Absatz.

Ersatzrecht und Ersatzpflicht sind also gewissermaßen dingliche Rechte und Lasten[90]) auf der Sache.[91]) Eine Ausnahme ist lediglich durch § 93 des Zwangsversteigerungsgesetzes gegeben, wonach der Ersteher die Verwendungen, die vor dem Zuschlag gemacht worden sind, nicht zu ersetzen hat.

C) Das Wegnahmerecht nach BGB. insbesondere.

1. Allgemeines.

Die Vorschriften des römischen Rechts über das ius tollendi des Vindicationsbeklagten beziehen sich auf die Geltendmachung des Sondereigentums an Sachen des Besitzers, welche ohne Aenderung des Eigentums als Bestandteile mit der vindicierten Sache verbunden sind.[92]) Einen bedeutend kleineren Wirkungsbereich hat das Wegnahmerecht im BGB. erhalten, denn dort bezieht es sich nur auf solche Verwendungen, durch die die fremde Sache in Form eines wesent-

[87]) Prot. Bd. III 217 unter IV S. 357.

[88]) Dig. X 3, 14, 1: „Ceterum si alienavero partem meam, non erit, unde retinere possim, sed is, qui a me emerit, an retinere possit, videndum est: nam et si vindicaretur ab eo pars, impendiorum nomine, quae ego fecissem, ita ut ego poterat retentionem facere".

[89]) Goldschmidt, a. a. O., Bd. I Abt. II S. 990; Groskopff, a. a. O., S. 92; Schenk, a. a. O., S. 298; Jaroczynski, a. a. O., S. 35; Luden, a. a. O., S. 199 ff.; Langfeld, a. a. O., S. 138.

[90]) Vgl. Endemann, Bd. II, 1 § 93, S. 367; Ennecerus-Lehmann, Bd. II, 1 § 30 S. 110; Prot. Bd. III 217 unter VI S. 358; Biermann, S. 120.

[91]) Diese Regelung bedeutet bei Grundstücken eine wichtige Ausnahme von dem Eintragungsprinzip. Weitere Ausnahmen lediglich bei dem Notwege- und Ueberbaurecht.

[92]) So Mot. III, S. 411.

lichen Bestandteiles einen Zuwachs erfahren hat.[93]) In allen übrigen Fällen, wo der Gegenstand der Verwendung etwa nur Zubehör der fremden Sache geworden ist oder nur in einen ähnlichen losen Zusammenhang zu derselben gebracht worden ist, bleibt es nach BGB. dem Besitzer ja unbenommen, den Gegenstand der Verwendung zu vindicieren.

Trotz dieser geringeren Bedeutung des ius tollendi im BGB. lohnt es sich aber, auf dessen Einzelheiten näher einzugehen.

2. Entwurf I.

Entwurf I, § 936 Abs. 3, der das ius tollendi behandelt, lautet:

> „Besteht die Verwendung darin, daß mit der herauszugebenden Sache eine andere Sache als wesentlicher Bestandteil verbunden ist, und erhält der Besitzer oder der Inhaber von dem Eigentümer nicht mindestens den Wert ersetzt, welchen die andere Sache nach der Trennung haben würde, so ist er berechtigt, diese andere Sache wegzunehmen; er hat jedoch die herauszugebende Sache auf seine Kosten wieder in den vorigen Stand zu setzen."

Obwohl nach § 897 des Entw. I in solchen Fällen der gewinnende Eigentümer der vindicierten Sache die ihm durch den Eigentumserwerb an den verbundenen Sachen (vgl. §§ 890 bis 892) zufallende Bereicherung herauszugeben hatte, glaubte man, wie aus den Motiven[94]) hervorgeht, bei Schaffung des ersten Entwurfes doch nicht auf das ius tollendi verzichten zu können. Dort heißt es: „Diese Herausgabepflicht kann infolge der besonderen Vorschriften des § 936 Abs. 1, 2 möglicherweise dem Besitzer nicht einmal den Wert verschaffen, welchen die verbundene Sache nach der Trennung haben würde. Deshalb erscheint es billig, für den Fall, daß der vindicierende Eigentümer zu einem derartigen Wertersatz nicht verpflichtet und nicht bereit ist, die expropriierende Wirkung der §§ 890 bis 892 insoweit zu beschränken, daß die Trennung erlaubt und mit der Trennung und Wegnahme die infolge der Verbindung eingetretene Aenderung im Eigentum rückgängig gemacht wird; nur ist der Besitzer, dessen alleinigem Interesse die Trennung dient, für verpflichtet zu erklären, die Sache auf seine Kosten wieder in den vorigen Stand zu setzen."

Da der Entwurf I bezüglich der Verwendungsansprüche keinen Unterschied zwischen gut- und bösgläubigen Besitzern macht und ferner sämtliche Verwendungsarten gleich behandelt, so hat dieses generell gewährte ius tollendi denselben Widerspruch hervorgerufen wie die allgemein gleich gewährten Ersatzansprüche.[95])

Die Folge davon war denn auch, daß der Entwurf II wesentliche Abänderungen des ius tollendi brachte.

3. Entwurf II.

Gegenüber dem Wegnahmerecht des Entwurfes I, das nur eine Einschränkung (Angebot des Wertes der Verwendungen, den dieselben

[93]) Vgl. Ausführungen auf Seite 32/33 dieser Arbeit über den Verwendungsbegriff.
[94]) Mot. III, S. 414.
[95]) Vgl. Ausführung auf S. 29 f. dieser Arbeit.

für den Besitzer nach der Trennung haben würden) kannte, weist das Wegnahmerecht des Entwurfes II folgende drei Beschränkungen auf:

a) notwendige Verwendungen können nur weggenommen werden, soweit sie nach § 908 Abs. 1 Entw. II ersatzpflichtig sind, also nicht solche Einrichtungen, die als gewöhnliche Erhaltungsmaßnahmen anzusehen sind.

b) Schikaneverbot: Die Abtrennung muß unterbleiben, sofern durch sie für den Trennenden kein Nutzen erzielt wird.

c) Der Eigentümer ist berechtigt, das ius tollendi auszuschalten, sofern er dem Besitzer den Wert ersetzt, den der Bestandteil nach der Abtrennung für ihn haben würde.

4. Das Wegnahmerecht des BGB.

Die Regelung des BGB. stimmt mit der des Entwurfes II überein. Die in Frage kommenden §§ des BGB. lauten:

§ 997: „Hat der Besitzer mit der Sache eine andere als wesentlichen Bestandteil verbunden, so kann er sie abtrennen und sich aneignen. Die Vorschriften des § 258 finden Anwendung.

Das Recht zur Abtrennung ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer nach § 994 Abs. 1, S. 2 für die Verwendungen Ersatz nicht verlangen kann oder die Abtrennung für ihn keinen Nutzen hat, oder ihm mindestens der Wert ersetzt wird, den der Bestandteil nach der Trennung für ihn haben würde."

§ 258: „Wer berechtigt ist, von einer Sache, die er einem anderen herauszugeben hat, eine Einrichtung wegzunehmen, hat im Falle der Wegnahme die Sache auf seine Kosten in den vorigen Stand zu setzen. Erlangt der andere den Besitz der Sache, so ist er verpflichtet, die Wegnahme der Einrichtung zu gestatten; er kann die Gestattung verweigern, bis ihm für den mit der Wegnahme verbundenen Schaden Sicherheit geleistet wird."

Wie ersichtlich, ist die Regelung des ius tollendi fast dieselbe wie im römischen Recht. Es hat allerdings nicht an Stimmen gefehlt, die in dem Absatz 2 des § 997 eine zu geringe Berücksichtigung der Interessen gerade des gutgläubigen Besitzers erblickten.

So wurde geltend gemacht, daß das Wegnahmerecht wesentlich zum Schutze des redlichen Besitzers gegeben sei. Daher sei das Wegnahmerecht möglichst wenig einzuschränken. Insbesondere wurde der Ausschluß des Wegnahmerechtes für den Fall, daß die Trennung für den Besitzer keinen Nutzen habe, mißbilligt, da namentlich bei Statuen das Affectionsinteresse oft eine große Rolle spiele. Die Wegnahme müsse daher immer dann gestattet sein, wenn nur überhaupt irgendein Interesse des Verwenders vorliege.

Ferner wurde die Beschränkung durch ein entsprechendes Wertersatzangebot seitens des Eigentümers mit dem Argument bekämpft, daß die Feststellung des Wertes, welchen die abzutrennende Sache für den Besitzer habe, zu großen Schwierigkeiten führen könne. Bei Waldbeständen z. B. entspreche der jeweilige Holzwert durchaus nicht immer dem wahren Werte. Bei der Berechnung des letzteren müsse, falls es sich um jüngere Bestände handele, regelmäßig der Zukunftswert, den die Bäume nach einer Anzahl von Jahren erreichen

würden, berücksichtigt werden. Gebe man dem Besitzer ein unbeschränktes Wegnahmerecht, so werde der Eigentümer im Hinblick auf jenen Zukunftswert geneigt sein, sich auf einen billigen Vergleich einzulassen.[96])

D) Kritische Betrachtung der im BGB. enthaltenen Regelung des ius tollendi nebst Abänderungsvorschlägen.

Abgesehen davon, daß man berechtigte Zweifel haben darf, ob ein unbeschränkteres Wegnahmerecht eine größere Vergleichsfreudigkeit auf Seiten des Eigentümers zur Folge haben würde (vgl. Ausführungen auf S. 23—24 dieser Arbeit), ist aber allen denjenigen, die für eine stärkere Berücksichtigung der Interessen des redlichen Besitzers eintreten wollten, der Vorwurf zu machen, daß sie nicht den Versuch gemacht haben, das Uebel an der Wurzel anzufassen. Sie hätten nicht nur geringere Einschränkung des Wegnahmerechtes verlangen, sondern einen über das Wegnahmerecht hinausgehenden stärkeren Rechtsschutz wenigstens des gutgläubigen Besitzers fordern müssen. Welcher Art eine solche Schutzbestimmung sein könnte, darüber später. Zunächst soll einmal die Berechtigung einer solchen Forderung dargetan werden.

Nehmen wir den Fall an, jemand habe ein gestohlenes altes Auto-Fahrgestell im Werte von etwa 1000 Mark gekauft und in dasselbe einen Motor, eine Limousine und alles andere Erforderliche eingebaut, sodaß ein Fahrzeug im Werte von etwa 3000 Mark entstanden ist. Folge: Das Eigentum des Bestohlenen ist nach § 950 BGB. erloschen. Er hat lediglich nach § 951 BGB. einen Anspruch auf Vergütung in Geld nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Es würde uns doch als absurd erscheinen, wäre im BGB. bestimmt, daß das Eigentum nicht erloschen, also eine Vindication durch den Bestohlenen möglich sei, und der Autoschlosser im Falle von Gutgläubigkeit einen Ersatzanspruch bezw. ein Wegnahmerecht und im Falle von Schlechtgläubigkeit lediglich ein Wegnahmerecht habe.

Wir fragen: Liegt der Fall anders, wenn es sich um ein Grundstück im Werte von 10 000 Mark handelt, auf dem ein Haus von etwa 20 000 Mark Baukosten errichtet worden ist? Kaum! Und dennoch eine ganz andere Regelung. § 946 BGB. mit § 94 bestimmt, daß sich das Eigentum an dem Grundstück auf das Haus erstreckt. Folglich hat auch der redliche Besitzer — da es sich ja nicht um notwendige Verwendungen handelt — nur einen Ersatzanspruch, insoweit der Wert des Grundstückes noch zu der Zeit erhöht ist, zu welcher der Eigentümer es wieder erlangt (§ 996 BGB.) Erfahrungsgemäß bringt aber der Verkauf eines bebauten Grundstückes selten mehr als etwa zwei Drittel der Neubaukosten ein. Da aber dieser Verkaufwert allein maßgebend für die Frage der Werterhöhung ist, so hätte der gutgläubige Besitzer günstigenfalls immerhin noch einen Schaden von etwa 6000 Mark. Er wird vielleicht vom Eigentümer im Vergleichswege mehr als 14 000 Mark zu erhalten versuchen. Wahrscheinlich

[96]) Prot. Bd. III 217 unter III, S. 355.

vergeblich, da der sich über seine günstige rechtliche Stellung informiert hat. Mit dem Wegnahmerecht drohen, hätte wenig Sinn, denn der Eigentümer würde ihm entgegnen, dann biete ich Dir 5000 Mark an, soviel wird das verwandte Baumaterial nach dem Abbruch etwa wert sein.

Ob ein uneingeschränktes Wegnahmerecht zu einem billigen Vergleich führen würde, dürfte in vielen Fällen recht zweifelhaft sein. — Wäre es nicht besser, wenn es eine Bestimmung im BGB. gäbe, nach der — ähnlich wie im § 950 BGB. bei beweglichen Sachen — auch bei Grundstücken derjenige Eigentümer des Grundstückes würde, der Verwendungen in Form von wesentlichen Bestandteilen gemacht hat, die den Wert des Grundstücks selbst beträchtlich übersteigen? Es soll zugegeben werden, daß Liegenschaften z. B. im Interesse der Erhaltung alten Familiengutes mit stärkerem Schutz bedacht werden müssen als bewegliche Sachen. Aber wann würde die von uns angeregte Bestimmung einmal schwerwiegende, unbillige Folgen nach sich ziehen? In den meisten Fällen wird es sich doch — soll schon der Wert der Verwendung den Wert des Grundstückes übersteigen — um kostspielige Haus- oder Industriebauten handeln, in welchen Fällen doch nur ein Eigentumsübergang an dem durch sie direkt betroffenen Boden stattfinden würde, also meistens nur ein mehr oder weniger geringer Teil des Gesamtgrundstückes in fremde Hände kommen würde. Man könnte aber auch an eine weniger radikale Regelung denken, etwa derart, daß im Falle eines oben angedeuteten Wertverhältnisses zwischen Grundstück und Verwendungen der Eigentümer dem Besitzer (vielleicht sogar nur dem redlichen) gegenüber verpflichtet sei, ihm den Besitz des Grundstückes gegen eine angemessene Rente für eine angemessene Zeit zu überlassen. Vorbildliche Rechtssätze finden sich in dieser Beziehung im Ueberbaurecht des BGB. (§§ 912 ff.), das deutschrechtlichen Ursprungs ist. Dem Rentenberechtigten könnte ähnlich wie im Falle des § 915 ein Recht auf Grundabnahme zugestanden werden.

Daß die Bestimmungen der §§ 912 ff. und der §§ 946, 997 sich nicht harmonisch in ein einheitliches Rechtssystem eingliedern, wird klar, wenn wir uns die Möglichkeit vor Augen halten, daß ein Bauherr bei verwickelten Grenzverhältnissen erstens auf seinem eigenen Grund baut, zweitens auf dem Nachbargrundstück, das er ohne grobe Fahrlässigkeit für sein eigenes hielt, und drittens auf der Grenze beider.

Im ersten Falle ist alles in Ordnung.

Im zweiten steht ihm nur ein verlustbringender Ersatzanspruch und ein beschränktes Wegnahmerecht als facultas alternativa zu.

Im dritten Falle ergeht es ihm dank der §§ 912 ff. wieder bedeutend besser.

Besteht ein Grund, weswegen in den Fällen Zwei und Drei eine unterschiedliche Regelung angebracht wäre? Doch wohl kaum!

Es wäre daher zu überlegen, ob der § 997 Abs. 2 BGB. nicht zweckmäßigerweise in einer von uns angedeuteten oder ähnlichen Art abzuändern ist.